Über die rechtliche Natur der Gefälligkeiten des täglichen Lebens und die Haftung aus Gefälligkeiten, unter besonderer Berücksichtigung der Haftung bei der Gefälligkeitsfahrt

(Ein Beitrag zur Lehre von den Gefälligkeitsverträgen)

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der juristischen Doktorwürde

der

Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät

der Philipps-Universität zu Marburg

vorgelegt von

Hans Schumacher

Finanzassessor aus Essen

Marburg 1939

Druck: Hessischer Verlag Karl Euker, Marburg-Lahn

Als Dissertation von der Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät
angenommen am 22. April 1939.
Berichterstatter: Professor Dr. Jung.
Mitberichterstatter: Professor Dr. Boehmer.
Tag der mündlichen Prüfung: 22. April 1939.

Meiner lieben Mutter

Inhaltsübersicht

Literaturverzeichnis

Achilles-Greiff: Bürgerliches Gesetzbuch nebst Jugendwohlfahrtsgesetz. 14. Aufl. Berlin/Leipzig 1937.

Arndt, Dr.: Rechtsprobleme der Kraftfahrzeug-Gefälligkeitsfahrt. JW 1929, 899 ff.

— „Sie fahren in diesem Wagen auf eigene Gefahr." JW 1930, 2825 ff.

Becker, Helmut: Gefälligkeitsfahrten im Kraftfahrzeug. 2. Aufl. Berlin 1932.

Behrend: Haftung für Gefälligkeitshandlungen. Recht 1919, 291.

v. Blume: Vertragshaftung und Deliktshaftung (Tiergefahr und Vertragsgefahr). Recht 1905, 481 ff.

— Das Reichsgericht und die Gefälligkeitsverträge. Recht 1908, 649 ff.

Böckel: Gefälligkeitsverträge. Handwörterbuch der Rechtswissenschaft. Bd. II, S. 607 ff.

Boehmer: Einführung in das bürgerliche Recht. 1932.

— Realverträge im heutigen Rechte. ArchbürgR. Bd. 38, S. 314 ff.

— Der Erfüllungswille. München 1910.

Buske, Gerhard: Der Gefälligkeitsvertrag. Diss. Königsberg 1931.

Cosack: Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts. I. Band. Die allgemeinen Lehren und das Schuldrecht. 7. Aufl. Jena 1922.

Cramer, Alfons: Gefälligkeitsverträge unter besonderer Berücksichtigung der Kraftfahrzeug-Gefälligkeitsfahrt. Diss. Erlangen 1934.

Crome: System des deutschen bürgerlichen Rechts. Bd. I und II. Tübingen 1921/1922.

Danz: Die Auslegung der Rechtsgeschäfte. 3. Aufl. Jena 1911.

— Einführung in die Rechtsprechung. Jena 1912.

— Laienverstand und Rechtsprechung. IherJ. 38, 376 ff.

— Zum vertragsmäßigen Ausschluß der Haftung. DJZ. 1905, 383 ff.

Dernburg: Das bürgerliche Recht des deutschen Reiches und Preußens. Band I und II. Halle 1905/1906.

— Pandekten. 3. Aufl. 1892.

Endemann: Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. Bd. I. Marburg 1920.

Enneccerus: Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. I. Bd. 1. Abtlg. Allgemeiner Teil. Marburg 1930. I. Bd. 2. Abtlg. Recht der Schuldverhältnisse. 10. Bearbeitung, Marburg 1928.

Enneccerus-Nipperdey: Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. I. Band. Allgemeiner Teil, Marburg 1931.

Enneccerus-Lehmann: Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. II. Bd., Recht der Schuldverhältnisse, 12. Bearbeitung. Marburg 1932.

Enneccerus-Kipp: Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. Erbrecht. Marburg 1930.

Fischer-Henle: Bürgerliches Gesetzbuch. Handausgabe. 13. Aufl. München 1927.

Flad: Handeln auf eigene Gefahr. Recht 1919, 13 ff.

Geigel: Schadensersatzansprüche aus Gefälligkeiten. SeuffBlätt. 77, 37 ff.
v. Gierke, Otto: Deutsches Privatrecht. 3. Band. Schuldrecht. München-Leipzig 1917.
Gonnermann, Otto: Die sogenannten Gefälligkeitsverträge. Diss. Marburg 1930.
Groebe, Klaus: Zum Stande der Rechtsprechung in der Frage der Gefälligkeitsfahrt. JW 1936, 1581 ff.
Gülde: Zum Stande der Rechtsprechung in der Frage der Gefälligkeitsfahrt. JW 1936, 1581 ff.
Haymann: Zur Grenzziehung zwischen Schenkung und entgeltlichem Geschäft. IherJahrb. 56, 86 ff.
Heck, Philipp: Grundriß des Schuldrechts. Tübingen 1929.
Hellwig: Anspruch und Klagerecht. Jena 1900.
— Gesetzeskonkurrenz und Tierhalterhaftung. DJZ. 1906, 1290 ff.
Hoeniger: Die gemischten Verträge in ihren Grundformen. Leipzig/Mannheim 1910.
v. Ihering: Der Besitzwille. Jena 1889.
Josef: Zur Haftung des Kraftfahrzeughalters bei Gefälligkeitsfahrten. JW 1928, 2313.
Jung: Der Ausschluß der Tierhalterhaftung in Vertragsverhältnissen. ArchzivPr. Bd. 117, 46 ff.
— BGB. Grundriß zur Wiederholung. I. Allgemeiner Teil.
Klein: Anzeigepflicht im Schuldrecht. Berlin 1908.
Klünder: Die rechtliche Natur der Gefälligkeitsleistungen. Diss. Göttingen 1932.
Koch: Die Gefälligkeitsfahrt in der neueren Rechtsprechung des Reichsgerichts und der Oberlandesgerichte. JW 1931, 3301 ff.
Kohler: Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts. Bd. I und II. Berlin 1906.
— Die Ideale im Recht. ArchbürgR. Bd. 5, 161 ff.
Krückmann: Gefälligkeitsverträge. SeuffBl. Bd. 74, 113 ff., 153 ff.
— Die Gefälligkeitsfahrt. JW 1932, 3688 ff.
— Verschuldensabrechnung und Gefährdungsaufrechnung. Iher.J. 52, 428 ff.
— Der Umfang der Gefährdungsaufrechnung. Iher.J. 54, 108 ff.
— Verschuldensaufrechnung, Gefährdungsaufrechnung und Deliktsfähigkeit. Iher.J. 55, 172 ff.
Kuhlenbeck: Die Rechtsprechung des Reichsgerichts in Beziehung auf die wichtigsten Begriffe und Institute des Zivilrechts. I. Der Leihvertrag. JW 1904, 226 ff. II. Der Auftrag. JW 1908, 701 ff.
Küsters: Gefälligkeitsverträge. Diss. Köln 1930.
Leonhard: Das Schuldrecht des BGB. Bd. I und II. München/Leipzig 1929/1930.
Litten: Zur Abänderung des § 833 des Bürgerlichen Gesetzbuches. DJZ 1905, 339 ff.
Lotmar: Der Arbeitsvertrag. Leipzig 1902.

Louis: „Gefälligkeitsfahrt". JW 1936, 425 ff.

Lucke: Ein Beitrag zur Frage der Haftung aus Gefälligkeitsfahrten mit Kraftfahrzeugen. Diss. Heidelberg. 1930.

Martel: Der sogen. „Gefälligkeitsvertrag" in der Rechtsprechung. Diss. Köln 1933.

Manigk: Willenserklärung und Willensgeschäft. Berlin 1907.

v. Meerscheidt-Hüllessem: Gemischte Verträge und Verträge eigener Art. DJZ 1910, 854 ff.

Müller: Straßenverkehrsrecht. 10. Aufl. Berlin 1935.

Müller-Erzbach: Gefährdungshaftung und Gefahrtragung. ArchzivPr. Bd. 106, 309 ff.

Oertmann: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch und seinen Nebengesetzen. Bd. I, Allgemeiner Teil, 3. Aufl. Berlin 1927. Bd. II. Teil 1 und 2, Recht der Schuldverhältnisse. 5. Aufl. Berlin 1928/1929.

Palandt, Otto: Bürgerliches Gesetzbuch nebst Einführungsgesetz, Ehegesetz, Testamentsgesetz. 1939.

Planck: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch nebst Einführungsgesetz. Bd. I. Allgemeiner Teil. 4. Aufl. Berlin 1914. Bd. II, Teil 1 und 2. Recht der Schuldverhältnisse. 4. Aufl. Berlin/Leipzig 1928.

Rathey: Gefälligkeitsverträge und Tierhalterhaftung. Diss. Breslau 1915.

Reichsgerichtsräte-Kommentar: Das Bürgerliche Gesetzbuch. Bd. I und II. 8. Aufl. Berlin/Leipzig 1934.

Schöller: Die Folgen schuldrechtlicher Nichterfüllung. Gruch. Bd. 46, 1 ff.

Schröder: Die sogenannten Gefälligkeitsverträge. Diss. Göttingen 1932.

Soergel: Bürgerliches Gesetzbuch nebst Einführungsgesetz. 6. Aufl. Stuttgart 1937.

Staudinger: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch und dem Einführungsgesetz. Bd. I. Allgemeiner Teil. 9. Aufl. München/Berlin/Leipzig 1925. Bd. I. Allgemeiner Teil. 10. Aufl. 1936. Bd. II, Teil 1, 2, 3, Recht der Schuldverhältnisse. 9. Aufl. München/Berlin/Leipzig. 1928/1930. Bd. II. Teil 2, 10. Aufl. 1937. Bd. V, 10. Aufl., 11. Lieferung. § 1922, erläutert von Prof. Boehmer, Marburg.

Sugg: Gefälligkeitsverträge. Diss. Breslau 1914.

Titze: Rechtsgeschäfte. Handwörterbuch der Rechtswissenschaft. Bd. IV. S. 654 ff.

Traeger: Der Kausalbegriff im Straf- und Zivilrecht. Marburg 1904.

v. Tuhr, Andreas: Der Allgemeine Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts. Bd. I, II, III. Leipzig 1910/1918.

Warneyer: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. Tübingen 1930.

Wichers: Gefälligkeitsverträge. Diss. Göttingen 1925.

Windscheid-Kipp: Lehrbuch des Pandektenrechts. 9. Aufl. Frankfurt (Main). 1900.

Zimmermann: Zur Haftung des Kraftfahrzeughalters bei Gefälligkeitsfahrten. JW 1928, 1717.

Zitelmann: Ausschluß der Widerrechtlichkeit. ArchzivPr. Bd. 99, 1 ff.

Abkürzungen

ArchbürgR.	= Archiv für Bürgerliches Recht.
ArchzivPrax.	= Archiv für die zivilistische Praxis.
Bay.Ztg.	= Zeitschrift für Rechtspflege in Bayern.
D.	= Denkschrift zum Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuchs.
DJZ.	= Deutsche Juristenzeitung.
E.	= Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches.
Gruch.	= Gruchots Beiträge zur Erläuterung des deutschen Rechts.
H.d.R.	= Handwörterbuch der Rechtswissenschaft.
JW.	= Juristische Wochenschrift.
JherJ.	= Jherings Jahrbücher für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts.
LZ.	= Leipziger Zeitschrift für deutsches Recht.
Mot.	= Motive zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich.
OLG.	= Die Rechtsprechung der Oberlandesgerichte auf dem Gebiete des Zivilrechts.
Prot.	= Protokolle der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs des Bürgerlichen Gesetzbuches.
RG.	= Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen.
Recht	= Das Recht.
SeuffArch.	= Seufferts Archiv für die Entscheidungen der obersten Gerichte in den deutschen Staaten.
SeuffBlätt.	= Seufferts Blätter für Rechtsanwendung.
Warn.	= Warneyers Rechtsprechung des Reichsgerichts auf dem Gebiete des Zivilrechts.

Erster Abschnitt.

§ 1. Allgemeiner Überblick und Umgrenzung des Stoffgebiets.

Im gesellschaftlichen und geschäftlichen Verkehr des täglichen Lebens beobachtet man auf Schritt und Tritt, daß einander bekannte, aber auch einander völlig unbekannte Menschen sich sogenannte „Gefälligkeiten" erweisen. Auch einem nur flüchtigen Beobachter muß es auffallen, daß mit dieser volkstümlichen Bezeichnung „Gefälligkeit" Handlungen auf den verschiedensten Gebieten des Lebens belegt werden. So bezeichnet man es als eine Gefälligkeit, wenn ein Kaufmann einem Freunde oder Stammkunden eine Ware besorgt, die er sonst nicht führt; wenn er seinem Kunden die bei ihm gekauften Waren ins Haus bringen läßt; wenn der Bahnhofswirt auf einer kleinen Eisenbahnstation, auf der ein Reisender längere Zeit Aufenthalt hat, diesem gestattet, sein Reisegepäck für einige Zeit in seinen Räumen unterzustellen, während der Reisende bis zur Abfahrt seines Zuges einen Spaziergang in die Stadt unternimmt, um dort etwa ein bedeutendes Bauwerk zu besichtigen; wenn der Fuhrmann einem müden Wanderer erlaubt, ein Stück Weges mitzufahren; wenn ein Theaterbesucher seinem Nachbarn im Theater auf dessen Bitte Einblick in sein Programmheft gewährt und ihm die zeitweilige Mitbenutzung seines Opernglases gestattet; oder wenn in der Eisenbahn ein Reisender dem andern, der sich gern ein wenig zum Schlafe niederlegen möchte, verspricht, ihn auf einer bestimmten Station zu wecken.

Diese Beispiele ließen sich beliebig vermehren. Sie alle sind sogenannte „Gefälligkeiten". Bei näherer Betrachtung aber sieht man, daß man unter dem allgemeinen Begriff „Gefälligkeiten" nicht nur die verschiedensten Handlungen auf den verschiedensten Lebensgebieten sprachlich zusammenfaßt, sondern daß unter diesen Begriff Handlungen fallen, die nicht nur im Zusammenleben der Menschen eine rein tatsächliche Wirkung, sondern zum Teil darüber hinaus auch rechtliche Bedeutung haben.

Nun macht gewiß die rechtliche Beurteilung eines Teiles der oben gegebenen Beispiele keine Schwierigkeiten. Denn wenn beispielsweise der Kaufmann seinem Stammkunden eine Ware beschafft, die er sonst nicht führt, so liegt kein Grund vor, diesen Vertrag um des Motives der Gefälligkeit willen anders zu behandeln als einen Kaufvertrag, bei dem das Motiv zum Tätigwerden einzig und allein eigennützige Interessen sind. Und ebenso ist es mit allen anderen sogenannten Gefälligkeiten, bei denen dem Gefälligen von demjenigen, dem die Gefälligkeit erwiesen wird, für seine

Leistung ein Entgelt versprochen wird, oder wo der Gefällige den Umständen nach nur gegen Entgelt tätig wird. Man denke hier an die Fälle, daß jemand einem Kleinrentner, der sich durch den Verkauf von Kaffee, Wein und Tabakwaren in seinem Bekanntenkreise einen Nebenverdienst verschaffen will, diese Waren abkauft; daß ein vielbeschäftigter Lehrer dem Sohne eines guten Bekannten in den Abendstunden Nachhilfeunterricht erteilt; daß ein Einwohner einer Universitätsstadt, der sonst niemals daran denken würde, sich durch Vermieten möblierter Zimmer eine Nebeneinnahme zu verschaffen, dem Sohne eines auswärtigen Freundes, der die betreffende Universität bezieht, ein Zimmer vermietet.

In allen jenen Fällen schließen die Beteiligten miteinander entgeltliche Verträge aus dem Beweggrunde der Gefälligkeit. Da aber der zum Abschluß eines Vertrages anregende Beweggrund auf die Rechtsnatur des Vertrages ohne Einfluß ist, so ändert in jenen Beispielen das Motiv der Gefälligkeit nicht die rechtliche Natur eines Vertrages, der im Normalfall lediglich aus eigennützigen Motiven der Parteien geschlossen wird. Derartige entgeltliche Verträge unterliegen uneingeschränkt den Bestimmungen, die für sie im Bürgerlichen Gesetzbuch getroffen sind.

Wenn in den letztgenannten Beispielen die Gefälligkeit Motiv zum Abschluß eines entgeltlichen Vertrages war, so gibt es andererseits Fälle, in denen zu einem nicht aus Gefälligkeit abgeschlossenen, entgeltlichen Vertrage sogenannte „Gefälligkeiten" als Nebenleistungen hinzutreten. Man denke daran, daß der Verkäufer dem Käufer gestattet, die gekaufte Ware einstweilen bei ihm liegen zu lassen, oder daß beim Kaufe einer seltenen Briefmarke der Verkäufer auf Bitten des Käufers die Marke auf der Rückseite mit einem sogenannten Echtheitsstempel versieht.

Hier sind Hauptvertrag und Gefälligkeitsleistung derart innig miteinander verbunden, daß sie sich als ein einziges Rechtsgeschäft darstellen, bei dem das Element des jeweiligen entgeltlichen Vertrages derartig dominiert, daß die Gefälligkeitsleistung daneben nur als völlig unselbständiger Vertragsbestandteil, als entgegenkommende Ergänzung und Vervollkommnung des Hauptvertrages erscheint. Die Gefälligkeitsleistung ist in diesen Fällen eine unselbständige Nebenleistung, die durch die Gegenleistung des entgeltlichen Vertrages mit abgegolten ist und es nach dem Willen der Parteien auch sein soll. Es handelt sich hier um einen typischen Vertrag mit untergeordneten, andersartigen Nebenleistungen, für deren rechtliche Selbständigkeit im Rahmen des typischen Vertrages kein Raum ist.

Die beiden vorstehend besprochenen Arten von Gefälligkeiten — man kann sie als „Gefälligkeiten im weiteren Sinne" bezeichnen — scheiden aus der ferneren Untersuchung über die rechtliche Natur der Gefälligkeiten des täglichen Lebens aus, da in beiden Fällen die Gefälligkeit, sei es nun als Motiv oder als Nebenleistung, nicht geeignet ist, die rechtliche Natur des entgeltlichen Vertrages zu beeinflussen, und die Behandlung derartiger „Gefälligkeiten im weiteren Sinne" daher im Rechtsleben keine Schwierigkeiten bietet.

§ 2. Der Begriff der „Gefälligkeit im engeren Sinne".

Eine letzte Kategorie von Gefälligkeiten sind die sogenannten „reinen Gefälligkeiten" oder „Gefälligkeiten im engeren Sinne". Hier erweist eine Partei der anderen nicht im Rahmen eines anderen Vertrages, sondern selbständig für sich allein eine irgendwie geartete Leistung, ohne dafür eine Gegenleistung in irgendeiner, sei es auch versteckter Form, zu erhalten und ohne überhaupt eine Gegenleistung für ihr Tun zu erwarten.

Es wäre allerdings verfehlt, wollte man annehmen, derartige Handlungen müßten, um überhaupt als „Gefälligkeit im engeren Sinne" gewertet werden zu können, stets altruistischen Motiven entspringen; sie können vielmehr sehr wohl in egoistischen Motiven ihren Ursprung haben oder doch von solchen mehr oder weniger stark beeinflußt sein. Welches Motiv im Einzelfall einer Gefälligkeitshandlung zugrunde liegt, läßt sich niemals mit Sicherheit feststellen; auch der Empfänger der Leistung wird in den meisten Fällen den Beweggrund des Handelns des Gefälligen nicht kennen, und selbst der gefällig Handelnde wird sich nicht in allen Fällen über den inneren Grund seines Handelns klar sein.

Man wird deshalb auch ein rein inneres Moment zur Kennzeichnung der „Gefälligkeit im engeren Sinne" nicht verwenden können. Denn ob jemand bei einer solchen Gefälligkeitsleistung aus einem selbstverständlichen Gefühl der Volksverbundenheit heraus handelt, das ihn dazu drängt, seinen Mitmenschen behülflich zu sein, ob er aus kluger Berechnung handelt, die darauf abzielt, sich denjenigen, dem die Gefälligkeit erwiesen wird, gesellschaftlich zu verpflichten, oder ob er unter dem Zwange moralischer oder gesellschaftlicher Gebote tätig wird, ist nicht erkennbar, weil niemand einem anderen ins Herz sehen kann.

Das Kriterium der „Gefälligkeit im engeren Sinne" kann daher nur in äußeren Momenten gefunden werden. Und hier wird man das wesentliche Unterscheidungsmerkmal der Gefälligkeitsleistung von anderen Leistungen in dem Fehlen jeglicher Gegenleistung für die Leistung des Gefälligen, also in der Unentgeltlichkeit, und in dem dadurch erweckten äußeren Anschein der Uneigennützigkeit des Handelns sehen müssen.

Wenn im folgenden von Gefälligkeiten die Rede ist, so sind damit stets nur solche unentgeltlichen und nach außen uneigennützig erscheinenden Handlungen eines Menschen gemeint. Nur von solchen Gefälligkeitsleistungen soll im Rahmen dieser Arbeit die Rede sein.

Nun ist bis heute die Frage nach der rechtlichen Natur solcher Gefälligkeiten nicht verstummt; die Frage nämlich, ob diese Gefälligkeiten in jedem Falle oder nur in wenigen Ausnahmefällen Verträge sind. Und die weitere, hiermit aufs engste verknüpfte Frage, wie der Gefällige zu haften habe, wenn dem Empfänger einer derartigen Leistung bei der Gefälligkeitsleistung oder durch sie ein Schaden entsteht.

In diesem Streit der Meinungen zur Klärung beizutragen, ist die Aufgabe dieser Arbeit.

§ 3. Die Gefälligkeitsverträge des Bürgerlichen Gesetzbuches.

Im Bürgerlichen Gesetzbuch haben mehrere Erscheinungsformen von Gefälligkeiten eine eingehende Regelung gefunden. Das Gesetz behandelt die dort geregelten Fälle einer Gefälligkeit als Vertrag. Diese Gefälligkeiten, deren Vertragsnatur unbestritten ist, sind

1. die Schenkung,
2. die Leihe,
3. das zinslose Darlehen,
4. der Auftragsvertrag,
5. die unentgeltliche Verwahrung.

Auf diese vom Gesetz geregelten Gefälligkeiten soll zunächst eingegangen werden. Es wird dann die Beantwortung der Frage möglich sein, ob notwendigerweise alle Gefälligkeiten Verträge sind; ob insbesondere, wie Krückmann meint[1]), alle Gefälligkeiten des täglichen Lebens sich stets unter eine der im Gesetz geregelten Typen einreihen lassen und allenfalls eine Mischform jener gesetzlichen Typen bilden; oder ob es sich bei den Gefälligkeiten des täglichen Lebens nicht vielleicht daneben auch um „Verträge eigener Art" handelt, weil die Vielgestaltigkeit der Zwecke es mit sich bringt, daß die starren, im Gesetz geregelten Typen und die dort aufgestellten Grundlinien nicht ausreichen, um den durch das Bedürfnis des Lebens bedingten Eigenarten der Verträge gerecht zu werden[2]).

1. Die Schenkung.

Nach der in § 516 I BGB vom Gesetze gegebenen Definition besteht eine Schenkung darin, daß jemand durch eine Zuwendung aus seinem Vermögen einen anderen bereichert und beide Teile darüber einig sind, daß diese Zuwendung unentgeltlich erfolgt.

Hiernach sind die Merkmale für eine Schenkung:

1. in objektiver Hinsicht: eine Zuwendung, durch die auf der einen Seite eine Vermögensminderung des Schenkers eintritt, während auf der anderen Seite der Beschenkte bereichert wird;
2. in subjektiver Hinsicht: die Einigung beider Teile, daß diese Zuwendung unentgeltlich erfolgt.

Es ist im Gesetze nicht näher bestimmt, was unter einer Zuwendung zu verstehen ist. An sich ist dies ein rein tatsächlicher Vorgang[3]). Das Unterscheidungsmerkmal einer Schenkungszuwendung von einem solchen rein tatsächlichen Vorgang besteht nun darin, daß hier eine Zuwendung „aus dem

---

[1]) Krückmann, SeuffBlätt. 74, 113 ff.

[2]) v. Meerscheidt-Hüllessem, DJZ. 1910, 854 ff.

[3]) Staudinger-Kober, 10. Aufl., § 516, I, 1 a.

Vermögen des einen Teiles" verlangt wird, die zugleich den anderen bereichert. Eine Zuwendung im Sinne des § 516 BGB ist also eine Verschiebung von Vermögenswerten aus dem Vermögen der einen in das der anderen Partei[4]). Diese Vermögensverschiebung muß nun, um eine Schenkungszuwendung zu sein, unentgeltlich erfolgen; es darf der Leistung des Schenkers also keinerlei Gegenleistung oder Verpflichtung des Beschenkten gegenüberstehen.

Unter „Vermögen" versteht das Gesetz die Gesamtheit der geldwerten[5]) Güter einer Person[6]), wobei als Geldwert nicht nur die Umsetzbarkeit des Gutes in Geld, der sogenannte „Tauschwert" anzusehen ist, sondern auch sein „Nutzwert", die Eignung, durch Gebrauch oder Fruchtgenuß der Befriedigung von Bedürfnissen, für die sonst Geld aufgeopfert wird, zu dienen[7]).

Zu eng ist m. E. die Meinung, daß zum „Vermögen" eines Menschen nur seine geldwerten „Rechte" gehören[8]). Daß dies nicht richtig ist, wird besonders deutlich bei der Vererbung eines Handelsgeschäfts oder gewerblichen Unternehmens, dessen Vererblichkeit als solches in Rechtslehre und Rechtsprechung anerkannt wird[9]). — Zu einem Handelsgeschäft gehören nun nicht nur die dem Unternehmen dienenden Sachen und Rechte, sondern auch wirtschaftliche Werte, wie Fabrikationsgeheimnisse, Geschäftsbeziehungen und ähnliche, die weder Sachen noch Rechte, sondern zunächst nur mit einem solchen Betriebe verbundene rein tatsächliche Beziehungen sind, die man als „Chancen", „inneren Wert" des Unternehmens oder „goodwill" zu bezeichnen pflegt[10]). Gerade sie bilden ja zusammen mit dem „Handelsvermögen" erst den Begriff des „Handelsgeschäfts" oder Unternehmens. — Anerkennt man nun, daß das Handelsgeschäft als solches vererblich ist, so muß man folgerichtig auch diese Güter, die keine Rechte sind, als Ver-

---

[4]) Prot. II, 3; Crome, I, 327.

[5]) Vgl. Staudinger-Boehmer, 10. Aufl., § 1922 Anm. 65; Staudinger-Werner, § 253, Anm. 1; Planck, § 253, 1; Warneyer, § 253; v. Tuhr, I, 314; Endemann, III, 1, § 3, Ib.

[6]) Staudinger-Boehmer, 10. Aufl., § 1922 Anm. 68; Staudinger-Riezler, 10. Aufl., I, Vorbem. 16 zum II. Abschnitt; v. Tuhr, I, S. 320, 321; Enneccerus, § 124, I; Endemann, III, 1, 12; Dernburg, Schuldverhältnisse II, 47; Sohm, Jh.J. 53, 382 f.

[7]) Vgl. Staudinger-Boehmer, 10. Aufl., § 1922 Anm. 66; v. Tuhr, I, S. 314.

[8]) Staudinger-Riezler, 10. Aufl., I, Vorbem. 16 zum II. Abschnitt; Staudinger-Kober, 10. Aufl., § 516 Anm. 8; RGRKomm. § 516 Anm. 2; § 1922, Anm. 5; Warneyer, § 516, II; Enneccerus, § 124 I; Enneccerus-Nipperdey, § 124 I; Enneccerus-Kipp, § 1 II; Kuhlenbeck, Lehrbuch II, 608; v. Tuhr, I, 319; Dernburg, Schuldverhältnisse II, 47; Lotmar, I, 82 ff.

[9]) Vgl. Staudinger-Boehmer, 10. Aufl., § 1922 Anm. 167; Planck, V, Vorbem. II, 1; Sohm, ArchbürgR 28, 181, Anm. 6; OLG 21, 310; OLG Naumburg in DJZ 1936, 1179 ff.; siehe auch Staudinger-Riezler, 10. Aufl., I, Vorbem. 18 zum II. Abschnitt.

[10]) Vgl. Staudinger-Boehmer, 10. Aufl., § 1922 Anm. 66, 167; siehe auch Staudinger-Riezler, 10. Aufl., I, Vorbem. 18 zum II. Abschnitt und die dort Zitierten.

mögensbestandteile des Erblassers ansehen. — Wenn man aber in diesem Fall geldwerte Lebensgüter zum Vermögen eines Menschen rechnet, so muß man es auch in allen anderen Fällen tun[11]).

Aus der hier vertretenen Ansicht folgt nun insbesondere, daß auch die Arbeitskraft, die gewiß kein Recht ist, die aber — wie die Gegenmeinung anerkennt — als Hauptquelle des Erwerbs ein auch rechtlich geschütztes geldwertes Lebensgut von hervorragender vermögensrechtlicher Bedeutung ist, zum Vermögen des Menschen gehört. Daß die Gegenmeinung nicht im Einklang steht mit dem Wirtschaftsdenken, daß sie ferner unvereinbar ist mit der heutigen politisch-weltanschaulichen Auffassung vom Wesen der Arbeitskraft, bedarf keiner näheren Ausführung. Daß sie auch rechtsdogmatisch verfehlt ist, wurde an obigem Beispiel zu beweisen versucht.

Nach richtiger Ansicht[12]) sind demnach unentgeltliche Dienste und Verrichtungen, die in der Verwertung der Arbeitskraft bestehen, als „Zuwendungen aus dem Vermögen" aufzufassen und daher Schenkungszuwendungen, wenn der Gefällige sonst Dienste dieser Art berufs- oder gewerbsmäßig gegen Entgelt leistet und der Begünstigte durch die unentgeltliche Leistung notwendige Ausgaben erspart.

Die herrschende Lehre, die — von ihrem Standpunkt durchaus folgerichtig — unentgeltliche Arbeitsleistungen nie als Schenkungszuwendungen gelten lassen will, andererseits aber offenbar die sich aus der hier vertretenen Meinung ergebende Folgerung als wünschenswert empfindet, ist bemüht, auf andere Weise zu dem gleichen Ergebnis zu gelangen. Sie sieht bei der unentgeltlichen Dienstleistung die Zuwendung aus dem Vermögen in der Aufopferung des nach ihrer Ansicht in einem solchen Falle an sich bestehenden Anspruchs auf Vergütung, also in dem Erlaß der Forderung[13]). — Sie übersieht dabei jedoch, daß sich bei unentgeltlichen Dienstleistungen die Parteien in aller Regel darüber einig sind, daß überhaupt kein Anspruch auf Vergütung entstehen soll, und daß daher von dem Erlaß einer zu beanspruchenden Vergütung keine Rede sein kann.

Daß außer unentgeltlichen Dienstleistungen auch die unentgeltliche Gebrauchsüberlassung von Sachen und ein zinsloses Darlehn dann Schenkungszuwendungen sind, wenn der Gefällige sonst gewerbsmäßig Sachen gleicher Art vermietet bzw. Geld gegen Zinsen ausleiht und der Empfänger

---

[11]) Die Frage, ob unter „Vermögen" nicht nur das Aktivvermögen, sondern auch die Schulden oder aber die Differenz von Aktivvermögen und Schulden zu verstehen sei, interessiert in diesem Zusammenhang nicht.

[12]) Boehmer, Einführung i. d. bürgerl. Recht, 62, 74 f.; Staudinger-Boehmer, 10. Aufl. § 1922 Anm. 66.

[13]) Staudinger-Kober, 10. Aufl. § 516, Anm. 2 b, 8; RGRKomm. § 516, Anm. 2; Oertmann, § 517, Anm. 3; Warneyer, § 516, II; Palandt-Pinzger, § 516 Anm. 2; Endemann, II, § 164, Nr. 2; Crome, II, § 230, Anm. 4; Cosack, I, 616; siehe auch Enneccerus, Schuldverh. § 343, I, 1a, 2; Enneccerus-Lehmann, § 120, II, 1a, 2.

durch die Gefälligkeiten Ausgaben erspart[14]), ergibt sich m. E. ebenfalls aus dem Begriff „Zuwendung aus dem Vermögen“[15]). — Wer glaubt, daß alle unentgeltlichen Dienstleistungen und alle Gebrauchs- und Nutzungsgestattungen im Bürgerlichen Gesetzbuch als Auftrag, Leihe und zinsloses Darlehn abschließend geregelt seien[16]), übersieht m. E., daß die Gefälligkeitsleistung beim Auftrag, bei der Leihe und beim zinslosen Darlehn — zum Unterschied von der Leistung des Schenkers — nicht in einer Vermögensaufopferung besteht. Hierin liegt aber gerade der typische Unterschied der Schenkung von den sonstigen unentgeltlichen Verträgen. Man wird daher in allen Gefälligkeitsleistungen, die unmittelbar oder mittelbar das Vermögen des Leistenden verringern, Schenkungszuwendungen sehen müssen, wenn der Begünstigte durch sie bereichert wird.

Zu den objektiven Elementen der Zuwendung aus dem Vermögen des einen Teils und der Bereicherung des anderen muß nun als subjektives Element die Einigung der Parteien, daß unentgeltlich gegeben und ebenso genommen werden soll, hinzukommen. Erst dann liegt eine Schenkung vor. Dabei sind allerdings die Beweggründe, die den Schenker zu seinem Tun veranlaßt haben, ohne Bedeutung. Das Gesetz stellt insbesondere nicht das Erfordernis einer Bereicherungsabsicht (animus donandi) auf seiten des Schenkers auf.

Aus der Vorschrift des § 516, I BGB, in der das Erfordernis der Willensübereinstimmung der Parteien aufgestellt ist, sowie auch aus der Bestimmung des § 516, II BGB, in der für den Fall, daß die Zuwendung ohne den Willen des Empfängers erfolgt ist, zum Wirksamwerden der Schenkung eine Annahmeerklärung des Beschenkten gefordert wird, ergibt sich die Rechtsnatur der Schenkung als eines Vertrages[17]). Die Ansicht von Kohler[18]) und von Haymann[19]), die entgegen dem klaren Gesetzeswortlaut und trotz des unmißverständlichen Willens des Gesetzgebers[20]) die Vertragsnatur der Schenkung leugnen, muß daher befremden und ist abzulehnen.

Die Schenkung kann in zwei Formen erfolgen; entweder in der Form der Handschenkung, der unmittelbaren Vermögenszuwendung an den Empfänger oder in der Form des Schenkungsversprechens, durch Begründung

---

[14]) Beispiel: Der Inhaber eines Maskenverleihinstituts leiht einem Bekannten ein Kostüm; der Bankier gewährt einem Geschäftsfreund ein zinsloses Darlehn.

[15]) Die herrschende Meinung (Anm. 13) sieht auch in diesen Fällen die „Zuwendung aus dem Vermögen“ in dem Erlaß des Anspruchs auf Vergütung; m. E. zu Unrecht (vgl. S. 16).

[16]) Planck, § 516, Anm. 2; Oertmann, Vorbem. 1b vor § 516; § 516 Anm. 3; § 517 Anm. 3; Cosack, § 200, I, 4a; Kohler, Schuldverhältnisse, § 106, V, 5; Crome, § 230, S. 505.

[17]) Oertmann, Vorbem. 2 a. vor § 516 und die dort Zitierten.

[18]) Kohler, I, § 245, II.

[19]) Haymann, IherJ. 56, 104 ff.

[20]) Vgl. Mot. II, 228; Prot. II, 6.

einer Forderung des Beschenkten gegen den Schenker. Während das Schenkungsversprechen zu seiner Wirksamkeit gemäß der Vorschrift des § 518 I BGB der gerichtlichen oder notariellen Beurkundung bedarf, bedarf die Handschenkung als solche zur Gültigkeit keiner besonderen Form; es ist allerdings zu beachten, daß die Wirksamkeit der Übertragung des Eigentums an einer Sache unter Umständen von der Erfüllung bestimmter Formvorschriften abhängig sein kann[21]).

2. Die Leihe.

Die Leihe ist ein Vertrag, durch den der Verleiher dem Entleiher den Gebrauch einer Sache unentgeltlich gestattet (§ 598 BGB)[22]).

Gegenstand eines Leihvertrages kann nach dem Wortlaut des Gesetzes nur die unentgeltliche Gebrauchsüberlassung von beweglichen Sachen und Grundstücken sein[23]). Dabei ist Leihe sowohl vertretbarer als auch verbrauchbarer Sachen durchaus möglich[24]), wenn dieser Fall auch praktisch nicht häufig vorkommen wird, vielmehr ein Darlehnsvertrag hier die Regel bilden dürfte.

Die nach der Inbesitznahme der geliehenen Sache durch den Entleiher sich für beide Parteien aus dem Leihvertrage ergebenden Pflichten stehen sich nun nicht gleichwertig gegenüber. Auf Grund des Leihvertrages erwachsen dem Entleiher nämlich eine Menge von Verpflichtungen, die allerdings keine Gegenleistung für die Gefälligkeitsleistung des Verleihers sind, sondern sich nur als selbstverständliche, aus dem Wesen des Gefälligkeitsver-

---

[21]) Das Leistungsverweigerungsrecht des Schenkers und die Milderung seiner Haftung werden zur Vermeidung von Wiederholungen erst in § 7 bzw. § 8 der Arbeit behandelt.

[22]) Da die interessante und vielbehandelte Frage, ob die Leihe, das Darlehn und die Verwahrung Konsensual- oder Realverträge sind, für diese Arbeit ohne Bedeutung ist, muß der Verf. es sich versagen, zu ihr Stellung zu nehmen. Sie dürfte überdies heute dank überzeugender Begründung im Sinne der neueren, sich mehr und mehr durchsetzenden Lehrmeinung, die in jenen Gefälligkeiten Konsensualverträge sieht, entschieden sein. Vgl. insbes. Boehmer, ArchbürgR. 38, 314 ff.; Boehmer, Erfüllungswille, S. 26 ff.; Kohler, ArchbürgR. 2, 211 ff.; 33, 1 ff.; Lehrbuch, II, 339; Affolter, ArchbürgR. 8, 1 ff.; 26, 1 ff.; Schloßmann, Jh.J. 45, 1 ff.; 38 ff., 71; Reichel, ArchzivPrax. 136, 169 Anm. 1; Heck, § 106, 3; Staudinger-Kober, 10. Aufl., Vorbem. 2 vor § 598; RGR.-Komm., Vorbem. 2 vor § 598; Palandt-Pinzger, § 598 Anm. 1; Staudinger-Kober, 10. Aufl., Vorbem. 2 vor § 607; Staudinger-Brändl, 10. Aufl., Bd. I, Einl. zum 1. Abschnitt, Anm. 16; weitere Lit. bei Boehmer, Erfüllungswille, S. 26, Anm. 36.

[23]) Auf die Erlaubnis, ein Recht unentgeltlich zu nutzen, wird man jedoch die Vorschriften der Leihe unbedenklich entsprechend anwenden können. Vgl. Mot. II, 443; Staudinger-Kober, 10. Aufl., § 598, Anm. 2 d; Palandt-Pinzger, § 598, Anm. 2; RG. JW 1904, 228.

[24]) Vgl. hierzu: Mot. II, 443; Staudinger-Kober, 10. Aufl., § 598 Anm. 2 c; Oertmann, Vorbem. 1 b vor § 598.

trages ergebende Sorgfalts- und Obhutspflichten des Entleihers darstellen; für den Verleiher hingegen entstehen neben der Hauptverpflichtung des Leihvertrages, dem Entleiher den Gebrauch der geliehenen Sache unentgeltlich zu gestatten, nur unter besonderen Umständen noch gewisse andere Verpflichtungen. Man bezeichnet den Leihvertrag daher nicht als gegenseitigen, sondern als einen unvollkommen zweiseitigen Vertrag (contractus bilateralis inaequalis)[25]).

3. Das zinslose Darlehen.

Eine weitere Gefälligkeit, die im Bürgerlichen Gesetzbuch ihre Regelung gefunden hat, ist das zinslose Darlehen.

Das Darlehen ist ein einseitig verpflichtender Vertrag, der den Darlehnsnehmer verpflichtet, ihm vom Darlehnsgeber übergebenes Geld oder andere vertretbare Sachen in Sachen gleicher Art, Güte und Menge zurückzuerstatten. (§ 607, I BGB.) — Eine Zinszahlungsverpflichtung besteht für den Darlehnsnehmer nur im Falle entsprechender Parteivereinbarung; die Grundform des Darlehnsvertrages ist jedenfalls das zinslose — unentgeltliche — Darlehn, die Gefälligkeit[26]).

Regelmäßig erfolgt die Hingabe des Darlehns durch Übereignung der Darlehnsvaluta an den Darlehnsnehmer. Doch kann auch eine andere Überführung der Darlehnsvaluta in das Vermögen des Darlehnsnehmers vereinbart werden; so z. B. Einzahlung auf das Bankkonto des Darlehnsempfängers[27]) oder Hingabe einer Sache mit der Abrede, daß der Empfänger sie verkaufen und den Erlös als Darlehn behalten soll[28]). Endlich ist auch die Umwandlung einer bereits bestehenden beliebigen Schuld in eine Darlehnsschuld durch Vereinbarung der Parteien, daß der Schuldbetrag oder andere vertretbare Sachen nunmehr als Darlehn geschuldet sein sollen, möglich. (§ 607, II BGB. Vereinbarungsdarlehn.)

Der Darlehnsvertrag gibt, wie die Leihe, dem Empfänger einer Sache das Recht zur Nutzung derselben. Doch ist das Nutzungsrecht des Darlehnsnehmers erheblich weitergehender als das des Entleihers, da der Darlehnsnehmer Eigentümer der ihm übergebenen Sache wird und als solcher grundsätzlich nach Belieben mit ihr verfahren, sie insbesondere verbrauchen darf, während der Entleiher lediglich zum Gebrauch der geliehenen Sache berechtigt ist. Der Entleiher muß dem Verleiher daher auch stets — auch bei der Leihe einer vertretbaren oder verbrauchbaren Sache — dasselbe Sachindividuum zurückgeben, während der Darlehnsnehmer dem Darlehnsgeber stets nur Sachen von gleicher Art, Güte und Menge zurückerstatten muß[29]).

---

[25]) Auf das Kündigungsrecht und die Haftungsbeschränkung des Verleihers wird in § 7 bzw. § 8 der Arbeit eingegangen.

[26]) Mot. II, 312.

[27]) Oertmann, Vorbem. 4 vor § 607.

[28]) Mot. II, 308.

[29]) Wegen des Kündigungsrechts des Darlehnsgebers siehe § 7 der Arbeit.

4. Der Auftragsvertrag.

Der Auftrag ist ein Vertrag, durch den sich jemand zur unentgeltlichen Besorgung eines fremden Geschäfts verpflichtet (§ 662 BGB). Wesentlich für den Auftrag ist, wie im römischen Recht (mandatum nisi gratuitum nullum est), die Unentgeltlichkeit[30]).

Er ist daher ein unvollkommen zweiseitiger, kein gegenseitiger Vertrag[31]). Er erzeugt zunächst lediglich auf seiten des Beauftragten Verpflichtungen, während solche des Auftraggebers zwar mit der Ausführung des Vertrages entstehen können, jedenfalls aber nicht als Gegenleistung für die Tätigkeit des Beauftragten anzusehen sind.

Gegenstand des Auftrages ist nach dem Gesetzestext eine „Geschäftsbesorgung". Welche Handlungen unter diesen Begriff fallen, hat der Gesetzgeber allerdings nicht näher erläutert oder gar festgelegt; er hat vielmehr die Entscheidung dieser Frage bewußt der Wissenschaft überlassen[32]). Dort aber herrscht lebhafter Streit darüber, was unter dem Begriff „Geschäftsbesorgung" zu verstehen sei[33]).

Nach Enneccerus[34]) beschränkt sich der Begriff der Geschäftsbesorgung auf die Vornahme von Rechtsgeschäften und sonstigen rechtlich bedeutsamen Handlungen. Diese Auffassung ist jedoch zu eng; sie entspricht nicht den allgemeinen Anschauungen des Verkehrslebens, das unter dem Begriff „Geschäftsbesorgung" nicht nur Rechtshandlungen oder Rechtsgeschäfte, sondern auch tatsächliche Dienstleistungen versteht[35]). Auch im Gesetze selbst findet Enneccerus für seine Ansicht keinen Anhalt.

Wenn nun auch diese Ansicht als zu eng abzulehnen ist, so erscheint andererseits die Meinung jener erheblich zu weit, die als „Geschäftsbesorgung" jede Entfaltung einer Tätigkeit ansehen wollen[36]). Nach dieser Ansicht würden alle Dienst- und Werkverträge eine Geschäftsbesorgung irgendwelcher Art zum Gegenstande haben. Das kann aber, wie im folgenden dargelegt werden wird, nicht richtig sein.

Es ist bei der Prüfung dieser Frage davon auszugehen, daß der Begriff der Geschäftsbesorgung des § 662 BGB der gleiche ist wie der des § 675 BGB. Hieran kann nicht gezweifelt werden; denn es erscheint ausgeschlossen, daß der Gesetzgeber dem Grundbegriff eines Titels des Bürger-

---

[30]) Vgl. hierzu: Prot. II, 352; a. A. noch Motive II, 527 ff.

[31]) Planck, Vorbem. III vor § 662; Oertmann, Vorbem. 2 b vor § 662; Staudinger-Kober, 9. Aufl., Vorbem. 2 vor § 662 und die dort Zitierten.

[32]) Prot. II, 377.

[33]) Vgl. die Darstellung der verschiedenen Ansichten bei Oertmann, § 675, Bem. 1 b.

[34]) Enneccerus, Schuldverh. § 384, I; ähnlich Cosack, § 143, II, 1 a; anders Enneccerus-Lehmann, § 161, I.

[35]) Siehe Mot. II, 855; vgl. auch Staudinger-Kober, 9. Aufl., § 675, Anm. 2 b; siehe auch RG in Recht 1907, 828.

[36]) Schollmeyer, a. a. O., 91; Achilles-Greiff, § 662 Anm. 1; § 675 Anm. 1.

lichen Gesetzbuches in verschiedenen Paragraphen des gleichen Titels verschiedene Bedeutungen beilegt. Aus dem Wortlaut des § 675 BGB ergibt sich vielmehr zwingend, daß keineswegs alle Dienst- und Werkverträge eine Geschäftsbesorgung zum Gegenstande haben, sondern nur ein Teil von ihnen. Dann kann aber nicht jede irgendwie geartete Tätigkeit eine Geschäftsbesorgung sein[37]); sondern es muß (so auch die zwanglose Auffassung des Verkehrs) eine selbständige Tätigkeit wirtschaftlicher Art sein, die im Interesse eines anderen vorgenommen wird und die an und für sich der Sorge des anderen obliegt[38]). „Geschäftsbesorger ist nicht der Arzt, der einen Kranken behandelt, wohl aber der Arzt, der die Behandlung eines Kranken für einen unterhalts- oder unterstützungspflichtigen anderen übernimmt. Der Bauleiter ist Geschäftsbesorger, aber nicht der Bauunternehmer. Nicht der Arbeiter, der bei Glatteis streuen soll; wohl aber dann, wenn er es übernommen hat, darauf zu passen, daß immer richtig gestreut wird." „Eine rein werkmäßige technische Beschäftigung, die nur Hemmnisse der Außennatur zu überwinden hat, ist nicht Geschäftsbesorgung. Eine Tätigkeit, die mit Menschen zu verhandeln, oder überhaupt soziale Bedingungen und Verhältnisse zu beobachten zwingt, ist Geschäftsbesorgung[39])."

Hiernach kann die Geschäftsbesorgung sowohl in der Vornahme eines Rechtsgeschäfts als auch in einer tatsächlichen Verrichtung von wirtschaftlichem Wert liegen. Es ist jedoch Voraussetzung, daß die übernommene Tätigkeit an sich Gegenstand der Sorge eines anderen ist, und daß diese Sorge ihm von dem Handelnden durch sein Eintreten abgenommen wird[40]). Es muß sich also um eine positive Handlung „für" einen anderen (nicht nur „an" einen anderen)[41]) als Ausfluß einer selbständigen Willensbetätigung handeln; ein Unterlassen oder nur ein duldendes Gewährenlassen genügt nicht für den Begriff der Geschäftsbesorgung[42]).

Der Haftungsmaßstab beim Auftrag ist der des § 276 BGB; der Beauftragte haftet also für jede Fahrlässigkeit bei Ausführung des Auftrages. Das erscheint zunächst als unverständliche Ausnahme gegenüber den gemilderten Haftungsmaßstäben bei den anderen im BGB geregelten Gefälligkeitsverträgen. Man folgert daher auch fälschlich aus der Haftungsmilderung bei jenen Gefälligkeiten, daß bei jedem unentgeltlichen Vertrag eigentlich eine Haftungsmilderung angemessen sei[43]), und glaubt, den strengen Haftungsmaßstab beim Auftragsvertrage als geschichtliches Zufallsprodukt in unselb-

---

[37]) Vgl. RGRKomm., Vorbem. 2 zu § 662; Planck, § 675 Anm. 2; Prot. II, 377; Enneccerus-Lehmann, § 161, I.

[38]) RGRKomm., Vorbem. 2 zu § 662; Enneccerus-Lehmann, § 161, I; Staudinger-Kober, § 675, Anm. 2 b und die dort Zitierten.

[39]) Jung, a. a. O., S. 61.

[40]) Vgl. RG 97/66.

[41]) RGRKomm., Vorbem. 2 zu § 662; § 675 Anm. 1.

[42]) Vgl. RG 65/17.

[43]) Vgl. RG 65/20.

ständiger und nicht gerechtfertigter Anlehnung an die Regelung der Haftung im römischen Recht erklären zu müssen[44]).

Dieser Ansicht kann nicht gefolgt werden. Man übersieht m. E., daß es sich beim Auftragsvertrage im Gegensatz zu den anderen im BGB geregelten Gefälligkeitsverträgen um ein Vertragsverhältnis handelt, das dem Ermessen des Beauftragten bei seinem im Rahmen des Vertragsverhältnisses selbständigen Handeln einen ziemlichen Spielraum läßt; der Auftraggeber vertraut dem Beauftragten die Ausführung eines vielleicht für ihn äußerst wichtigen Geschäfts an. Er wird mit Recht erwarten dürfen, daß der Gefällige, obwohl er kein Entgelt für seine Tätigkeit erhält, weil es sich um ein Vertrauensverhältnis handelt, sich die Ausführung der übernommenen Verpflichtung auf das Sorgfältigste angelegen sein lassen wird.

Man darf nicht nur starr auf das Gemeinsame der im Gesetze geregelten Gefälligkeitsverträge sehen, nämlich auf die Unentgeltlichkeit, das Fehlen klingender Münze, sondern man muß auch die nicht geringen Unterschiede berücksichtigen. Man kann dabei gewiß davon ausgehen, daß es billig erscheint, grundsätzlich bei Fehlen eines Entgeltes eine verminderte Haftung auf seiten des Gefälligen eintreten zu lassen. So allgemein, wie aber Böckel[45]) es glaubt ausdrücken zu können, daß dem Fehlen der Entgeltlichkeit auf der einen Schale der Wage, auf der anderen das Fehlen der sonst durch die Entgeltlichkeit abgegoltenen Bindung und strengeren Haftung entspreche, dürfte dieser Satz jedoch nicht richtig sein.

Er trifft allerdings zu beim Schenker und beim Verleiher, die beide nur für Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit haften. (§§ 521, 599 BGB.) Und das erscheint bei ihnen auch durchaus angemessen. Der Schenker überträgt dem Beschenkten das Eigentum an dem geschenkten Gegenstand, der Verleiher gestattet dem Entleiher den Gebrauch der geliehenen Sache auf Zeit; eine Einwirkungsmöglichkeit auf die Lebenssphäre des Beschenkten oder des Entleihers haben sie nicht. Anders dagegen der Beauftragte. Ihm ist die Ausführung eines an sich der Sorge des Auftraggebers obliegenden Geschäftes anvertraut; er ist zwar an die Weisungen seines Auftraggebers gebunden; derartige Weisungen pflegen sich jedoch gewöhnlich in recht allgemeinem Rahmen zu halten und dem selbständigen Handeln des Beauftragten einen nicht engen Spielraum zu belassen. Damit aber ist dem Beauftragten eine Einwirkungsmöglichkeit auf die Lebenssphäre des Auftraggebers ermöglicht, dem er durch laxe Ausführung der ihm übertragenen Tätigkeit und durch Außerachtlassung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt hierbei schweren Schaden zufügen kann. Hier ist ein Haftungsmaßstab durchaus am Platze, der den Beauftragten nicht nur für grobe, sondern auch für leichte Fahrlässigkeit einstehen läßt und dem Auftraggeber die Gewißheit gibt, daß der Auftrag auf das Sorgfältigste ausgeführt wer-

[44]) Siehe Müller-Erzbach in ArchzivPrax. Bd. 106/456 ff.

[45]) Böckel, Handw. d. Rechtswissensch., Bd. II, 611 ff.

den wird, andernfalls der Beauftragte beim Eintreten schuldhaft verursachten Schadens in jedem Falle Schadensersatz zu leisten habe. Diese Regelung scheint mir durchaus billig. Niemand braucht einen Auftrag anzunehmen. Tut er es aber, so handele er aufmerksam und vorsichtig, ja gegebenenfalls vorsichtiger als er in Ausführung eigener Angelegenheiten ist, gerade weil er ein ihm anvertrautes fremdes Geschäft besorgt. „Von dem, der sich fremder Geschäfte und damit einer unter Umständen weittragenden Verantwortung zu Lasten eines anderen unterwindet, kann man verlangen, daß er alle ihm verfügbare Anspannung auch wirklich auf dieses Unternehmen verwendet[46]."

Bei einer künftigen Neufassung des Bürgerlichen Gesetzbuches dürfte eine Änderung des Haftungsmaßstabes beim Auftragsvertrage daher weder notwendig noch nützlich sein. Der Haftungsmaßstab „diligentia quam suis" sollte hierbei allein schon wegen der Beweisschwierigkeiten außer Betracht bleiben. — Die Befürchtung Müller-Erzbachs[47], daß bei Anwendung des strengen Haftungsmaßstabes des § 276 BGB „derartige, das menschliche Zusammenleben fördernde und verfeinernde Gefälligkeitsakte überhaupt unterdrückt würden", hat sich erfreulicherweise als unbegründet erwiesen[48].

5. Die unentgeltliche Verwahrung.

Ein Verwahrungsvertrag liegt vor, wenn sich der eine Vertragspartner (Verwahrer) dem anderen (Hinterleger) gegenüber verpflichtet, eine ihm von diesem übergebene bewegliche Sache aufzubewahren (§ 688 BGB). Gegenstand eines Verwahrungsvertrages kann also nach dem Wortlaut des Gesetzes nur die Verwahrung beweglicher Sachen sein.

Anders wie im Gemeinen Recht, das nur das unentgeltliche depositum kannte, kann nach heutigem Recht ein Verwahrungsvertrag sowohl unentgeltlich als auch entgeltlich geschlossen werden. Das Bürgerliche Gesetzbuch behandelt sogar die entgeltliche Verwahrung als den Regelfall des Verwahrungsvertrages; denn eine Vergütung gilt gemäß § 689 BGB als stillschweigend vereinbart, wenn die Aufbewahrung den Umständen nach nur gegen eine Vergütung zu erwarten ist. Im Rahmen dieser Arbeit ist jedoch lediglich die unentgeltliche Verwahrung von Interesse, da nur sie eine „Gefälligkeit im engeren Sinne" ist.

Die unentgeltliche Verwahrung ist ein unvollkommen zweiseitiger Vertrag. Er erzeugt notwendig Verpflichtungen auf seiten des Verwahrers, während auf seiten des Hinterlegers nur unter bestimmten Umständen Verpflichtungen entstehen (§§ 693, 694 BGB), die aber keinesfalls den Charakter einer Gegenleistung für die Leistung des Verwahrers, die Verwahrung, haben.

---

[46]) Jung, a. a. O., S. 63.
[47]) Müller-Erzbach, a. a. O., S. 459.
[48]) Um Wiederholungen zu vermeiden, wird auf das Kündigungsrecht des Beauftragten erst in § 7 der Arbeit eingegangen.

Die Hauptverpflichtung des Verwahrers ist die Aufbewahrung der ihm übergebenen beweglichen Sache. Er muß diese an einem angemessenen Orte unterbringen und sie in die erforderliche Obhut nehmen[49]). Aus der Obhutspflicht folgt weiter die Pflicht des Verwahrers, die Sache auch zu erhalten.

Als Verwahrungsvertrag kann aber nur dann ein Vertrag angesehen und behandelt werden, wenn die Aufbewahrung der übergebenen Sache mit der sich aus der Aufbewahrung ergebenden Obhutspflicht bei einem Vertrage beherrschend im Vordergrunde steht. Stellt die Verwahrungspflicht nur eine sich aus einem Vertrage ergebende Nebenverpflichtung dar, wie sie beispielsweise beim Auftragsvertrage oder bei der Leihe vorkommt, so finden die Vorschriften jener Vertragsarten allein Anwendung[50]).

Vom Auftragsvertrage unterscheidet sich der Verwahrungsvertrag insbesondere dadurch, daß der Verwahrer allenfalls infolge seiner Obhutspflicht in geringem Umfange auch tätig werden muß, während der Beauftragte in erster Linie tätig wird und er daneben als Nebenverpflichtung gegebenenfalls eine Obhutspflicht hat[51]). — Der Gegensatz zur Leihe wird besonders deutlich an dem Umstand, daß der Entleiher befugt ist, die ihm übergebene Sache zu gebrauchen, während dieses Recht dem Verwahrer nicht zusteht. — Als Unterschied des Verwahrungsvertrages vom Darlehnsvertrage sei hervorgehoben, daß bei letzterem Geld oder andere vertretbare Sachen dem Darlehnsnehmer zu Eigentum übertragen werden und diese vom Darlehnsnehmer verbraucht werden dürfen, während beim Verwahrungsvertrage ein Eigentumsübergang vom Hinterleger auf den Verwahrer nicht stattfindet, und ein Verbrauch der übergebenen Sache mit der dem Verwahrer obliegenden Obhutspflicht unvereinbar wäre[52]) [53]).

§ 4. Die Stellung von Rechtslehre und Rechtsprechung zur Frage des Gefälligkeitsvertrages.

Das Bürgerliche Gesetzbuch behandelt eine Anzahl von Gefälligkeiten als schuldrechtliche Verträge in seinen Bestimmungen über Schenkung, Leihe, Darlehn, Auftrag und Verwahrung. Das zeigt, daß der Gesetzgeber zumindest der rechtlichen Natur von Gefälligkeiten als schuldrechtlicher Verträge nicht grundsätzlich ablehnend gegenübersteht. Aber sind nun alle Gefälligkeiten Verträge, die den Gefälligen zu einer Leistung verpflichten?

---

[49]) Staudinger-Kober, 9. Aufl., § 688, Anm. 3; Oertmann, Vorbem. 6 vor § 688; vgl. auch RG 77/338 ff.

[50]) Vgl. RG LZ 1923, 275/276.

[51]) Staudinger-Kober, 9. Aufl., Vorbem. 3 c vor § 662; RGRKomm., Vorbem. 3 vor § 662; Oertmann, Vorbem. 4 b vor § 662; Vorbem. 6 vor § 688.

[52]) Eine Ausnahme von diesem Grundsatz bildet das dem Darlehn eng verwandte „depositum irregulare" (§ 700 BGB).

[53]) Das Kündigungsrecht des Verwahrers und seine im Vergleich zu den entgeltlichen Verträgen mildere Haftung werden in § 7 bzw. § 8 der Arbeit behandelt.

Oder sind es nur solche Verträge, deren Zweck lediglich darin besteht, der Leistung des Gefälligen einen rechtlichen Grund zu geben, der die Rückforderung wegen ungerechtfertigter Bereicherung ausschließt? Oder sind die Gefälligkeiten mit Ausnahme der im Gesetz geregelten Gefälligkeiten überhaupt keine Verträge? Das ist der Streit der Meinungen, der seine abschließende Behandlung noch nicht gefunden hat. Es soll im Folgenden im Anschluß an die Darstellung der verschiedensten in Schrifttum und Rechtsprechung vertretenen Ansichten der Versuch unternommen werden, zur Klärung der Streitfragen beizutragen.

Vorab sei bemerkt, daß der überwiegende Teil der Rechtslehre eine schuldrechtliche Verpflichtung zur Leistung bei den Gefälligkeiten ablehnt.

Staudinger-Werner[54]) sieht in den Gefälligkeiten grundsätzlich nur ein „Gefälligkeitsverhältnis", da in Ermangelung eines Willens, sich rechtlich zu verpflichten, kein Vertrag entstehe. Trotzdem hält er es für angebracht, auch dort von einem „Gefälligkeitsvertrage" zu sprechen, da auch die aus Gefälligkeit bewirkte Leistung nicht zurückgefordert werden könne. Er erkennt allerdings an, daß man sich auch aus Gefälligkeit rechtlich verpflichten kann. „Selbstverständlich liegt ein bloßes Gefälligkeitsverhältnis nicht schon deshalb vor, weil ein Vertrag aus dem Beweggrunde der Gefälligkeit geschlossen wurde; man kann sich aus Gefälligkeit rechtlich verpflichten[55])." Grundsätzlich aber glaubt Werner jedenfalls einen Verpflichtungswillen nicht annehmen zu können. — Der gleichen Ansicht ist auch Kober, welcher ausführt, beim Auftrag sei von besonderer Bedeutung die Abgrenzung gegenüber einem gesellschaftlichen Gefälligkeitsverhältnisse, wie es z. B. vorliege, wenn sich jemand auf Ersuchen eines Bekannten erbiete, einem Dritten eine Botschaft zu überbringen[56]). — Lasse sich nach sorgfältigster Prüfung aber in solchen und ähnlichen Fällen ein Verpflichtungswille auf seiten des Gefälligen feststellen, so sei mit den allgemeinen Vertragstypen für unentgeltliche Leistungen wie Auftrag, Leihe, Schenkung, Verwahrung und deren Mischung regelmäßig auszukommen. Eine Sonderart von verpflichtenden Gefälligkeitsverträgen verneint auch er[57]).

Auch Enneccerus[58]) und Lehmann[59]) lehnen bei Gefälligkeiten nicht nur eine Sonderart von verpflichtenden Gefälligkeitsverträgen, sondern grundsätzlich überhaupt einen obligatorischen Vertrag ab. „Man muß

---

[54]) Staudinger-Werner, (9. Aufl.), II, 1. Vorbem. I zu § 305.

[55]) Staudinger-Werner, (9. Aufl.), II, 1. Vorbem. I zu § 305.

[56]) Staudinger-Kober, (9. Aufl.), II, 3, Bem. 2 a zu § 662; desgl. Staudinger-Kober, (10. Aufl.), Vorbem. 3 zu § 598; vgl. auch Staudinger-Werner, (9. Aufl.), II, 1, Einl., S. 15 ff., Bem. 8 a.

[57]) Staudinger-Kober, (9. Aufl.), II, 2, Einl. zum VII. Abschnitt, Bem. 2, f (S. 3, 4); Staudinger-Ostler, (10. Aufl.), II, 2, Einl. zum VII. Abschn., Bem. 4, g (S. 6).

[58]) Enneccerus, Schuldverh., § 251, 5.

[59]) Enneccerus-Lehmann, Schuldverh., § 27, 6.

sich hüten, in jeder nur aus Gefälligkeit erfolgenden Gestattung oder Zusage, auch wenn sie von der anderen Seite angenommen wird, ohne weiteres einen obligatorischen Vertrag zu finden. Oft handelt es sich vielmehr nur um Erklärungen gesellschaftlicher Natur, die ohne Verpflichtungswillen abgegeben werden. Mit meinem Gaste schließe ich keine Leihe über Zimmer, Möbel, Eßgeräte ab, keinen Verwahrungsvertrag über seine Koffer, keinen Auftrag, wenn ich ihn in meinem Wagen abhole, kein Schenkungsversprechen, wenn ich ihm mitteile, daß um 2 Uhr zu Mittag gegessen werde. Vielmehr handelt es sich nur um gesellschaftliche Gestattungen und Zusagen, welche die gestatteten Handlungen zu nicht widerrechtlichen, sondern gerechtfertigten machen und den Leistungen einen Rechtsgrund geben sollen, der den Bereicherungsanspruch ausschließt, die aber keine Verpflichtung zu der übernommenen Leistung erzeugen" [60]) [61]). — Auch bei der Gefälligkeitsfahrt wird für den Regelfall die Annahme eines Vertragsschlusses abgelehnt. Die Haftung des Gefälligen für schuldhaftes Verhalten soll sich hier auf die §§ 823 ff., insbesondere § 831 BGB gründen; bezüglich der Gefährdungshaftung wird stillschweigender Verzicht des Mitfahrers angenommen [62]).

Nach Planck [63]) gibt es „rein gesellschaftliche Gefälligkeiten", die ganz außerhalb der Rechtssphäre liegen, und bei denen niemand an eine rechtliche Verpflichtung denkt. „Rein gesellschaftliche Gefälligkeiten (Überbringen einer Botschaft, Besorgung eines Briefes) begründen kein Auftragsverhältnis [64])." — Auch Verabredungen auf dem Gebiete der Liebe, Religion und des Anstandes werden nach seiner Meinung regelmäßig überhaupt nicht in der Absicht getroffen, eine rechtsgeschäftliche Verbindlichkeit einzugehen. „Sollte aber im Einzelfalle wirklich einmal das Gegenteil gewollt sein, so wäre eine solche Vereinbarung gegen die guten Sitten und deshalb nach § 138 nichtig. Denn gegen die guten Sitten verstößt das rechtsgeschäftliche Versprechen dessen, was nach Sittlichkeit und Anstand nur auf Grund eines freien Entschlusses geschehen oder unterlassen werden soll [65])." — Mit Ausnahme dieser Fälle, in denen — wie er ausführt — die von den Parteien als rechtsverbindlich gedachte Abmachung gemäß § 138 BGB nichtig sei, und abgesehen von „rein gesellschaftlichen" Gefälligkeiten, bei denen infolge fehlenden Verpflichtungswillens keine vertraglichen Beziehungen entstehen sollen, tritt er aber grundsätzlich bei Gefälligkeiten für die Annahme eines Rechtsverhältnisses ein, da im Hinblick auf Fragen des Besitzes und etwaige Fürsorgepflichten irgendwelche Regeln für das Verhältnis der Beteiligten

---

[60]) Enneccerus, Schuldverh., § 251, 5; Enneccerus-Lehmann, Schuldverh., § 27, 6.

[61]) Hierzu ausdrücklich zustimmend: Staudinger-Werner, (9. Aufl.), II, 1 Vorbem. 1 zu § 305.

[62]) Enneccerus-Lehmann, Schuldverh., § 246, I, 6 a.

[63]) Planck, II, 2, Vorbem. III vor § 598.

[64]) Planck, II, 2, Erl. 2. zu § 662.

[65]) Planck, II, 1, Vorbem. I, 3 vor § 241.

gelten müßten. Für die Regelung dieser Fragen hält er aber die Anwendung der Vorschriften der bereits vorhandenen Vertragstypen für ausreichend und verzichtet daher auf die Einführung einer neuen, besonderen Kategorie von Gefälligkeitsverträgen[66]).

Da nach seiner Meinung Versprechen von Leistungen auf dem Gebiete der Freundschaft, Liebe und Religion „einer Sphäre des Lebens angehören, die, weil sie nicht geschäftsmäßig ist und nicht sein soll, dem Rechte nicht unterworfen sein soll", kann nach Kohler[67]) in der Vereinbarung einer Gefälligkeitsleistung nicht der Abschluß eines obligatorischen Vertrages erblickt werden. „Die Rechtsordnung darf ihre Arme nicht in die Sphäre des behaglichen Lebens strecken." Das scharfe Erz des Rechts dürfe hier nicht hineinragen[68]); denn das würde bedeuten, daß man den Lebensverkehr vor Gericht ziehe, alle Unbefangenheit des Lebens zerstöre und das Leben zum steten Geschäft mache[69]). — Gefälligkeiten, die aber Lebensgebieten angehören, die als solche rechtlicher Regelung fähig sind, wie unentgeltliche Gebrauchsüberlassungen und unentgeltliche Dienstleistungen, die keine Geschäftsbesorgung zum Gegenstande haben, insbesondere die Gefälligkeitsfahrt, behandelt Kohler an anderer Stelle jedoch als Schenkungen und beschränkt die Haftung des Gefälligen auf diese Weise auf Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit[70]).

„Wenn ich einem Radler auf seine Bitte gestatte, sein Rad in meinen Hausflur zu stellen, dem Nachbar, die Markise, die über seinem Balkon angebracht ist, soweit herabzulassen, daß sie in den zu meinem Grundstück gehörenden Luftraum herüberragt (§ 905 BGB), seine Möbel in meinen Hof zu stellen", so liegt nach der Auffassung von Danz[71]) „eine einfache Gefälligkeit des täglichen Lebens vor, bei welcher man überhaupt irgendeine Verpflichtung nicht übernehmen will." Dies sei die verkehrsübliche Bedeutung eines derartigen Verhaltens. Nach seiner Meinung besteht in diesen Fällen ein Verhältnis, das im BGB keine Regelung gefunden hat. Der Gefällige gestatte lediglich die Benutzung eines Raumes, der seiner Verfügungsgewalt unterstehe, nicht aber übernehme er etwa eine Verwahrungspflicht; denn zu irgendeiner Obhut oder Sorgfalt verpflichte er sich bei den oben erwähnten Beispielen nicht. Ebensowenig wie ein Verwahrungsvertrag sei aber auch ein Leihvertrag zustandegekommen; denn die Leihe setze — wie er ausführt — als Realvertrag Übergabe des Raumes an den Entleiher voraus; an einer solchen Übergabe des Raumes aber fehle es hier. — Danz gelangt im Anschluß an Iherings „Detentions-Prekarium"[72]) zu

---

[66]) Planck, II, 2, Vorbem. III vor § 598.

[67]) Kohler, Lehrb. II, § 43, VI, 89 ff.; ArchbürgR. 12, 1 ff.

[68]) Kohler, IherJ. Bd. 28, 242.

[69]) Kohler, ArchbürgR. Bd. 5, 253.

[70]) Kohler, Lehrb. § 145, I, 1.

[71]) Danz, Auslegung, S. 146 ff.

[72]) Ihering, a. a. O., S. 419 ff.

einem „Raum-Prekarium". — Einer solchen Gefälligkeit des täglichen Lebens, bei der keine rechtliche Verpflichtung übernommen werde, entspricht nach seiner Auffassung eine Haftung nur für Vorsatz [73]). — In der Gefälligkeitsfahrt sieht Danz gleichfalls nur eine Gefälligkeit des täglichen Lebens. Der Fahrer, der einem Wanderer auf seine Bitte das Mitfahren in seinem Wagen gestatte, übernehme nach verkehrsüblicher Anschauung keinerlei Verpflichtung. Soweit überhaupt die Haftung gemäß § 276 II BGB durch Vereinbarung erlassen werden könne, werde sie in solchem Falle stillschweigend erlassen. Der Gefällige hafte also nicht als Tierhalter oder für fahrlässiges Handeln, sondern nur für den dem Mitfahrenden vorsätzlich zugefügten Schaden [74]).

Kuhlenbeck [75]) unterscheidet zwischen „rein tatsächlichen Gefälligkeits- und bloß gesellschaftlichen Leistungen", bei denen es, wie er glaubt, an einem rechtlichen Verpflichtungswillen fehlt, und den „reinen Gefälligkeitsverträgen" (Auftrag, Leihe usw.). Er führt hierzu aus, es liege kein Vertragsverhältnis vor, „wenn ich jemandem gestatte, bei Regenwetter unter mein Dach zu treten, oder ich gestatte ihm, eine Sache vorübergehend auf meinem Grundstück niederzusetzen". Nach seiner Meinung handelt es sich vielmehr in diesen Fällen ebenso wie dort, wo jemand seinem Nachbarn im Theater sein Opernglas leiht, nur um eine, auch ohne ausdrücklichen Vorbehalt beliebigen Widerrufs, jederzeit widerrufliche Gebrauchsgestattung [76]). Auch „würde es zu weit führen, überall, wenn jemand einen anderen um eine tatsächliche, unentgeltliche Leistung ersucht, einen Auftrag im Sinne des BGB und dessen Rechtsfolgen zu konstruieren, z. B. wenn ich jemanden bei Tisch ersuche, mir die Kompottschüssel zu reichen". Derartige Gefälligkeiten sollen vielmehr „unter der Schwelle des juristischen Bewußtseins bleiben" [77]) [78]). Für Schäden soll der Gefällige nach §§ 823 ff. BGB haften [79]).

Im Gegensatz zu den vorgenannten Schriftstellern sieht Krückmann [80]) in den Versprechungen und Gestattungen des freundschaftlichen und gesellschaftlichen Verkehrs vertragliche Schuldverhältnisse. Nach ihm ist nicht nur das Abendessen, das der Gastgeber dem eingeladenen Gaste servieren läßt,

---

[73]) Danz, IherJ. Bd. 38, S. 476 ff.; insbes. S. 479; vgl. auch Danz, Rechtsprechung, S. 65.

[74]) Danz, Auslegung, S. 148/149; ferner Danz in DJZ 1905, 383 ff.

[75]) Kuhlenbeck, JW 1904. 229; JW 1908, 701 ff.

[76]) Kuhlenbeck, JW 1904, 229.

[77]) Kuhlenbeck, JW 1908, 702.

[78]) Gegen einen obligatorischen Vertrag in den vorerwähnten Fällen ebenfalls: Josef in GruchBeitr. 52, 526; Ihering, a. a. O., S. 419 ff.; RGRKomm. § 241 Anm. 1; Vorbem. 3 zu § 662; § 662 Anm. 2; Soergel, Vorbem. 3 zu § 241; § 241 Anm. 1, 2; Oertmann, Vorbem. 6 c zu § 688; Vorbem. 4 c zu § 662; Warneyer, § 598, I.

[79]) Kuhlenbeck, JW 1904, 229.

[80]) Krückmann, SeuffBlätt. 1909, 113 ff., 153 ff.; JW 1932, 3688; IherJ. 54, 111.

eine Schenkung, sondern zwischen beiden soll auch über den Stuhl, auf dem der Gast sitzt, über das Weinglas, aus dem er trinkt und über das Besteck, mit dem er ißt, ein Leihvertrag, über die Aufbewahrung seiner Garderobe ein Verwahrungsvertrag geschlossen sein. — Krückmann will sämtliche Gefälligkeiten unter die im BGB gegebenen Typen Schenkung, Leihe, Auftrag und Verwahrung bringen und nötigenfalls den Begriff des gemischten Vertrages anwenden [81]). — Entstehen im Einzelfalle einmal Zweifel, ob ein Leihvertrag oder ein Verwahrungsvertrag zwischen den Parteien geschlossen sei, so soll sich nach seiner Auffassung aus dem Wert der hinterlegten Sache der Schluß auf die Art des Vertrages zwingend ergeben. Das Lagern von Baumaterialien soll im Zweifel Platzleihe sein, das Unterstellen von Möbeln Verwahrung; denn während schwer transportierbare und im Verhältnis zu ihrem Gewicht nicht sehr wertvolle Sachen, wie Bausteine und Bauhölzer, sich im allgemeinen schon durch ihr unverhältnismäßiges Gewicht und den geringen Anreiz, den sie der Habsucht bieten, schützten, sei die aus schlichtestem Kiefernholze hergestellte Kommode bei geringerem Gewicht immer noch das Vielfache eines Bauholzes von größerem Gewichte wert und daher schutzbedürftiger [82]). Besondere „Gefälligkeitsverträge" lehnt Krückmann mangels eines Bedürfnisses hierzu ab. Die Gefälligkeitsfahrt behandelt er entweder als Auftrag mit untergeordneten leiherechtlichen Elementen [83]) oder als Platzleihe [84]).

v. Blume [85]) tritt ebenfalls für die Vertragsnatur der Gefälligkeiten ein. Anders wie Krückmann hält er jedoch die Einführung einer besonderen Kategorie von „Gefälligkeitsverträgen" (als „Verträge eigener Art") für unerläßlich.

Den Begriff der „Gefälligkeitsverträge" beschränkt v. Blume allerdings dahingehend, daß er solche Gefälligkeiten, die nach seiner Ansicht überhaupt außerhalb der Rechtssphäre bleiben, weil sie nicht bestimmt seien, irgendwelche Wirkung auf Rechtsgüter auszuüben, nicht in den Rahmen seiner Gefälligkeitsverträge einordnen will. Als Beispiele führt er die Bereitung ästhetischer Genüsse und die Erteilung freundschaftlichen Rates an. Doch sei zu beachten, daß eine Handlung dann in den Kreis der Rechtshandlungen eintrete, wenn sie bestimmt sei, auf die Person oder auf das Vermögen eines anderen eine Einwirkung auszuüben, oder wenn sie in unerlaubter Weise einen solchen Einfluß habe.

Ausgehend von dem Fall der Gefälligkeitsfahrt lehrt v. Blume, es könne nicht bestritten werden, daß die Erteilung der Erlaubnis, mitzufahren, eine Willenserklärung sei; und da beiderseitiges Einverständnis vorliege, han-

---

81) Vgl. auch § 6 dieser Arbeit, wo zu der Lehre Krückmanns Stellung genommen wird.
82) Krückmann, SeuffBlätt. 74, 112/113.
83) Krückmann, SeuffBlätt. 74, 116/117.
84) Krückmann, SeuffBlätt. 74, 154; JherJ. 54, 112.
85) v. Blume, Recht 1908, 649 ff.; vgl. auch v. Blume, Recht 1905, 481 ff.

dele es sich um einen Vertrag. „Durch diesen Vertrag werde ich als Gefälligkeitsschuldner allerdings nicht verpflichtet, dem anderen die Benutzung zu gestatten. Ich gehe einen reinen Gefälligkeitsvertrag ein, d. h. einen Vertrag, durch den ich eine Leistung auf mich nehme, ohne mich zu verpflichten[86]." — Ein solcher „Gefälligkeitsvertrag" habe zugunsten des Gefälligkeitsgläubigers lediglich die Bestimmung, dessen Handeln rechtmäßig zu machen — er handele also nicht in verbotener Eigenmacht gegenüber fremdem Besitz und nicht widerrechtlich gegenüber fremdem Eigentum — und gebe zugleich der Leistung des Gefälligen einen rechtlichen Grund, der die Rückforderung wegen ungerechtfertigter Bereicherung ausschließe[87]. Verpflichtende Wirkungen habe der Gefälligkeitsvertrag nur für den Gefälligkeitsempfänger. Dieser sei auf Grund des Vertrages gehalten, auf die Interessen des Gefälligen Rücksicht zu nehmen; er verpflichte sich vertraglich zu einer Obhutspflicht und hafte für Beschädigungen des Wagens auf Grund des Vertrages.

Merkwürdigerweise sieht v. Blume in der Gefälligkeitsfahrt nun nicht nur einen Gefälligkeitsvertrag der besprochenen Art, sondern er nimmt eine Verbindung eines solchen Gefälligkeitsvertrages mit einem Auftragsvertrage an. Er führt aus, es sei zu beachten, daß sich mit der Gestattung der Benutzung eines Wagens ein Auftrag verknüpfe, sofern der Wagenbesitzer diesen selbst lenke oder durch einen Angestellten lenken lasse. Der Fahrgast vertraue in einem solchen Fall seine Person der Fürsorge des Wagenlenkers an und müsse erwarten dürfen, daß der andere darauf Rücksicht nehme. „Es haftet daher der Automobilführer dem Fahrgast für etwaige Fehler in der Lenkung des Autos, und er haftet auch gemäß § 278 BGB für die Fehler des Chauffeurs. Er haftet aus dem Auftrage und nicht aus unerlaubter Handlung; denn nur aus dem besonderen Verhältnis zum Fahrgast ergibt sich, inwieweit er auf diesen Rücksicht zu nehmen hat."

Diese Ausführungen v. Blumes führen m. E. zu dem Schluß, daß bei der Gefälligkeitsfahrt dann doch eine Verpflichtung des Gefälligen zur Hauptleistung, der Beförderung des Mitfahrers, wenn nicht auf Grund des Gefälligkeitsvertrages, so doch auf Grund des Auftragsvertrages besteht. Diesen Schluß zieht v. Blume aber nicht[88].

Böckel[89] teilt die Gefälligkeiten des täglichen Lebens ein in entgeltliche Verträge, bei denen die Gefälligkeit nur Motiv ist, und bei denen sie daher nicht geeignet sei, eine besondere Vertragsart zu begründen, und in „Gefälligkeitsverträge im engeren Sinne", die sich von den ersteren durch die Unentgeltlichkeit der Leistung unterscheiden sollen. Er sieht in den „Gefälligkeitsverträgen" echte „Verträge eigener Art"; denn mit einem vertrag-

---

[86]) v. Blume, Recht 1908, 651; vgl. hierzu Leonhard, a. a. O., I, S. 81, der hier eine Duldungspflicht annimmt.

[87]) v. Blume, Recht 1908, 651.

[88]) Vgl. hierzu § 7 d. A. (S. 54/55).

[89]) Böckel, a. a. O., S. 607 ff.

losen Zustande sei hier nicht auszukommen. Eine Gefälligkeit sei wertlos, wenn sie keine Verpflichtung enthalte; wer eine Gefälligkeit zusage, müsse wissen, daß er sich damit verpflichte[90]). So habe auch beispielsweise der Gastgeber dem Gaste gegenüber für sich und seine Leute in Anbetracht des mitgebrachten Koffers vertragliche Pflichten; denn wer sich freiwillig mit dem Rechtskreis eines anderen, sei es in bezug auf seine Person oder sein Vermögen, irgendwie befasse, müsse auch die entsprechende Verantwortung auf sich nehmen.

Als Haftungsmaßstab für den Gefälligen hält Böckel im Hinblick auf die beim Schenker und beim Verleiher auf Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit, beim unentgeltlichen Verwahrer auf diligentia quam in suis beschränkte Haftung allenfalls ein Einstehen für Vorsatz und diligentia quam in suis für angemessen. Da die freiwillige unentgeltliche Leistung ihrem inneren Wert nach am meisten jedoch einer Schenkung entspreche, hält er es aber für noch mehr angebracht, den Gefälligen lediglich für Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit haften zu lassen. Diese Regelung sei auch mit Rücksicht auf den Beweis vorzuziehen; denn sonst werde unter Umständen die Sorgfalt des Gefälligen in seinen eigenen Angelegenheiten noch zum Gegenstand eines Rechtsstreites gemacht und der Gefällige gegebenenfalls gezwungen, den Gegenbeweis dafür anzutreten, daß er in eigenen Angelegenheiten weniger sorgfältig sei, als der Gegner behauptet und es an sich anzunehmen sei.

Auch Geigel[91]) bejaht bei Gefälligkeiten das Bestehen eines obligatorischen „Gefälligkeitsvertrages" als einer besonderen Vertragsart, als deren Unterscheidungsmerkmal von anderen obligatorischen Verträgen er die Unentgeltlichkeit bezeichnet. Er lehnt es ab, wegen der Unentgeltlichkeit eine Verpflichtung des Gefälligen zur Leistung verneinen zu sollen. Der Fuhrmann, der einen Wanderer auf seine Bitte unentgeltlich in seinem Wagen mitnimmt, hat nach seiner Meinung durch seine Zustimmung eine genau so echte Verpflichtung zu einer Leistung übernommen, wie die Verpflichtung des Entleihers, dem Entleiher den Gebrauch der Sache unentgeltlich zu gestatten, eine echte Verpflichtung sei. Es sei ein Widersinn, zu sagen: „Ich verspreche etwas, will es aber nicht halten[92])." Die irrige Ansicht, es liege eine Verpflichtung nicht vor, sei jedoch immerhin leicht erklärlich. „Ein Dritter, den ich zu einer Wagenfahrt einlade, wird mich in der Regel nicht auf Leistung verklagen können, wenn ich mein Versprechen nicht halte. Es erweckt daher den Anschein, als ob ich von Anfang an zur Leistung gar nicht verpflichtet gewesen wäre. Der Grund, warum ich nicht auf Leistung verklagt werden kann, liegt aber darin, daß der Gefälligkeitsschuldner ein weitgehendes Kündigungsrecht hat[93])."

---

[90]) Böckel, a. a. O., S. 609.

[91]) Geigel, SeuffBl. 77, 37 ff.

[92]) Ebenfalls für obligatorischen Vertrag: Klein, SeuffBlätt. 74, 26.

[93]) Geigel, SeuffBlätt. 77, 41.

Hinsichtlich der Frage der Haftung bei den Gefälligkeitsverträgen gelangt Geigel zu dem Schluß, daß die Haftung ohne Verschulden, also insbesondere die Gefährdungshaftung bei der Gefälligkeitsfahrt, stillschweigend ausgeschlossen sei; denn da die Anschauung billig denkender Menschen dahin gehe, daß der die Gefälligkeit Erweisende wenigstens für solchen Schaden nicht haften solle, der ohne sein Verschulden entstanden sei, so erscheine der Ausschluß der Gefährdungshaftung als selbstverständlich und sei daher als stillschweigend vereinbart zu erachten. Ferner falle nach Analogie der §§ 521, 599, 690 BGB auch die Haftung für leichte Fahrlässigkeit fort, so daß der Gefällige nur für Vorsatz und grobe Fahrlässikeit einzustehen habe, falls nicht sogar letztere durch ausdrücklichen Vertrag ausgeschlossen sei.

Diese kurze Übersicht über die im Schrifttum in bezug auf die „Gefälligkeit" vertretenen Meinungen zeigt, wie sehr die Auffassungen über die „Gefälligkeit" innerhalb der Rechtslehre voneinander abweichen. Aber auch die Rechtsprechung, die zu dem Problem der Gefälligkeitsverträge, insbesondere zu dem Fall der Gefälligkeitsfahrt, mehrfach hat Stellung nehmen müssen, ist nicht einheitlich. Man kann jedoch sagen, daß die Rechtsprechung, abgesehen von wenigen anderslautenden Entscheidungen, es grundsätzlich ablehnt, in der Verabredung einer Gefälligkeit den Abschluß eines obligatorischen Vertrages zu erblicken. Vor allem wird eine besondere Art von „Gefälligkeitsverträgen" abgelehnt.

So spricht sich das Reichsgericht in seiner Entscheidung Bd. 65, S. 17 ff. zu der Frage, ob darin, daß jemand einem Dritten gestattet, unentgeltlich auf seinem Wagen mitzufahren, ein Vertragsschluß zu erblicken sei, in durchaus ablehnendem Sinne aus. Dieser Entscheidung liegt folgender Tatbestand zugrunde: Die Beklagte hatte dem Kläger gestattet, gelegentlich einer Zuverlässigkeitsfahrt zum Feldberg in einem ihr gehörenden Auto mitzufahren. Durch Verschulden des Kraftwagenführers T. ereignete sich ein Unfall, durch den der Kläger verletzt wurde. Der Kläger machte darauf Schadensersatzansprüche gegen die Beklagte geltend. Das Berufungsgericht hatte die Beklagte antragsgemäß verurteilt und hatte seine Entscheidung damit begründet, die Beklagte hafte gemäß § 278 BGB für ein Verschulden ihres Kraftwagenführers T., weil T. als Erfüllungsgehilfe der Beklagten bei einer ihr dem Kläger gegenüber obliegenden Vertragsleistung gehandelt habe. Das zwischen den Parteien bestehende Vertragsverhältnis sei ein „Vertrag eigener Art" oder ein Auftrag. Als die von der Beklagten übernommene Leistung bezeichnet das Berufungsgericht die Ausführung der Fahrt, den Transport des Klägers.

Demgegenüber führt das Reichsgericht aus, in Wirklichkeit liege nur vor, daß die Beklagte eines ihrer Automobile an einer Zuverlässigkeitsfahrt auf den Feldberg habe teilnehmen lassen, und daß ein gesetzlicher Vertreter der Beklagten dem Kläger gestattet habe, diese Fahrt, falls sie von dem Automobil ausgeführt werden sollte, mitzumachen. Keinesfalls aber habe die Beklagte sich verpflichtet, den Kläger auf den Feldberg zu transportieren

— wohin zu gelangen er auch kein ersichtliches Interesse gehabt habe — oder auch nur ihm das Vergnügen einer größeren Autofahrt zu gewähren. Die Beklagte habe sich höchstens dazu verpflichtet, dem Kläger, falls der Kraftwagen an der Zuverlässigkeitsfahrt teilnehme, während dieser Fahrt einen Platz auf dem Wagen einzuräumen. Daher liege auch kein Auftrag vor. Es könne zwar auch eine tatsächliche Handlung ein Auftrag sein; hier liege aber keine Handlung, sondern „ein bloßes Gewährenlassen, die Einräumung eines Platzes auf einem ohnehin fahrenden Wagen“ vor. Auch sei ein Leihvertrag oder ein Verwahrungsvertrag abzulehnen. „Weiterhin aber ist in der bloßen Gestattung des Mitfahrens an sich überhaupt noch nicht der Abschluß eines obligatorischen Vertrages zu erblicken, sondern ein bloß tatsächlicher Vorgang ohne rechtliche Bedeutung.“

Auch in späteren Entscheidungen verneint das Reichsgericht bei Gefälligkeiten das Vorliegen eines Vertrages. Es nimmt vielmehr in derartigen Fällen an, es entstehe nur ein tatsächliches Verhältnis, das keine Rechte und Pflichten erzeuge; denn es lasse sich nicht jede Beziehung dieser Art, welche durch die Vorgänge des täglichen Lebens, durch einseitige oder gegenseitige Gefälligkeiten zwischen zwei Personen angeknüpft werde, stets unter die Formen eines juristisch bestimmten Vertrages bringen[94]).

Abweichend von den vorerwähnten Entscheidungen, abweichend insbesondere (trotz Übereinstimmung der maßgeblichen Punkte des Sachverhaltes) von der Entscheidung Bd. 65, 17 ff., sieht das Reichsgericht an anderer Stelle[95]) in der Verabredung einer Gefälligkeitsfahrt den Abschluß eines obligatorischen Vertrages. Der Sachverhalt war kurz der, daß J. den B. aus Gefälligkeit in seinem Wagen mitgenommen hatte und B. hierbei tötlich verunglückt war. Über die Verabredungen, die beide über das Mitfahren des B. getroffen hatten, steht nur soviel fest, daß J. dem B. das Anerbieten machte, mitzufahren, und daß B dieses Anerbieten annahm. „Es ist von keiner Seite behauptet worden, daß außer der Einladung zum Mitfahren und deren Annahme über die Bedingungen der Hin- und Rückbeförderung des B. irgendeine weitere Aussprache zwischen den beiden stattgefunden hat.“ Das Reichsgericht stimmt dem Berufungsgericht darin zu, daß es unter tatsächlicher Würdigung der obwaltenden Verhältnisse und insbesondere der Tatsache, daß die Fahrt im gemeinsamen Interesse zweier Geschäftsfreunde unternommen wurde, — daß es sich also um einen Vorgang des täglichen Lebens handelte, dessen Bedeutung für die Beteiligten einer ausdrücklichen Klarstellung durch Worte nicht bedurfte, — zu der Feststellung gelangt sei, es sei wegen des Mitnehmens zwischen dem J. für seine eigene Person und für die von ihm vertretene offene Handelsgesellschaft auf der einen und dem B. auf der anderen Seite zum Abschluß eines Vertrages

---

[94]) Warn. 1909 Nr. 357; SeuffBlätt. 72, 1085; siehe auch JW 1908/108; JW 1930/2854; Recht 1921 Nr. 1313; RG 128/229; 145/394 ff.

[95]) RG 65/313.

gekommen, dessen Inhalt das Berufungsgericht sodann im Wege der Auslegung in seinen Einzelheiten festgestellt habe.

In einem weiteren Fall, dem allerdings nicht der Tatbestand einer Gefälligkeitsfahrt, sondern die Gefälligkeit, Reisegepäck unentgeltlich über Nacht aufzubewahren und es am folgenden Morgen zur Bahn zu bringen, zugrunde lag, hat das Reichsgericht angenommen, es sei zwischen den Parteien ein Auftragsvertrag zustande gekommen; das Bestehen eines besonderen „Gefälligkeitsvertrages" hat es verneint [96]).

Es handelte sich wiederum um eine Klage auf Zahlung von Schadensersatz. Der Reisekorb wurde nämlich in der Nacht bei dem Gefälligen gestohlen. Auf die gegen den Gefälligen angestrengte Klage hat die Klägerin auf vertraglicher Grundlage den verlangten Schadensersatz zugesprochen erhalten. Das Reichsgericht erblickt in der vom Beklagten übernommenen Leistung eine Tätigkeit wirtschaftlicher Art, die an und für sich der Sorge der Klägerin obgelegen habe und durch die deren Interesse gefördert worden sei. Es glaubt daher in der genannten Gefälligkeit unbedenklich die Merkmale eine Geschäftsbesorgung für einen anderen feststellen zu können. Freilich wären, so führt das Reichsgericht weiter aus, die Vorschriften der §§ 662 ff. BGB. dennoch unanwendbar gewesen, wenn der Sachverhalt sich als eine nicht in verpflichtender Absicht übernommene Gefälligkeit des täglichen Lebens dargestellt hätte. Hier weise aber der Wert der im Korbe der Klägerin verpackt gewesenen Sachen, der dem Beklagten bekannt gewesen sei, klar darauf hin, daß beide Parteien an die Begründung vertragsmäßiger Rechte und Pflichten gedacht hätten.

Während sich also in der Rechtslehre mehr und mehr die Meinung durchsetzt, daß bei den Gefälligkeiten weder mit einem vertragslosen Zustand noch auch allein mit den Typen der im Gesetz geregelten unentgeltlichen Verträge auszukommen sei, und sie daher auf dem Wege über die Ergründung der Vertragsnatur der Gefälligkeiten und des diesen angemessenen Haftungsmaßstabes zu einer dem Volksempfinden entsprechenden Haftungsbeschränkung, die sich aus der besonderen Art des Vertrages ergeben soll, zu gelangen sucht, leugnet die höchstrichterliche Rechtsprechung, wie wir gesehen haben, mit Ausnahme der Entscheidung Bd. 65, 313 nach wie vor das Bestehen eines besonderen „Gefälligkeitsvertrages". Das Reichsgericht sieht grundsätzlich in Gefälligkeiten nur „einen bloß tatsächlichen Vorgang ohne rechtliche Bedeutung" [97]) und nimmt allenfalls bei Hinzutreten besonderer Umstände das Bestehen eines Auftrags oder eines auftragähnlichen Vertrages an [98]). Allerdings sieht auch das Reichsgericht ein, daß ohne eine Haftungsmilderung zugunsten des Gefälligen nicht auszukommen ist, nachdem die Entscheidung in Bd. 54, 73 ff. allgemeinen Widerspruch und Empörung hervorgerufen hatte. Dort hatte nämlich das Reichs-

---

[96]) Recht 1923, Nr. 508 (LZ 1923, 275).

[97]) RG 65/18.

[98]) Warn. 1932, Nr. 73.

gericht einen Fuhrwerksbesitzer, der aus Gefälligkeit einen Dritten in seinem Wagen mitgenommen hatte, bei einem unverschuldeten Unfall, an dessen Folgen der Fahrgast starb, den Hinterbliebenen des Verunglückten gegenüber auf Grund der Bestimmung über die Tierhalterhaftung auf Schadensersatz haften lassen. Um nun aber trotz der Ablehnung einer besonderen Art von Gefälligkeitsverträgen mit vermindertem Haftungsmaßstab zu billigen Entscheidungen zu gelangen, nimmt das Reichsgericht in der Folge bei der Gefälligkeitsfahrt einen stillschweigenden Verzicht des Fahrgastes auf die Tierhalterhaftung an[99]), zieht an anderer Stelle eine Haftungsbeschränkung des Gefälligen auf Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit im Wege analoger Anwendung des § 599 BGB in Erwägung[100]) und hält unter Umständen sogar einen stillschweigenden Verzicht des Mitfahrenden nicht nur auf die Tierhalterhaftung, sondern auch auf die Haftung wegen Fahrlässigkeit für möglich[101])[102]).

Anders wie in der Rechtsprechung des Reichsgerichts werden Gefälligkeiten des täglichen Lebens und die Gefälligkeitsfahrt in der Rechtsprechung der Oberlandesgerichte, wie sich schon bei der Besprechung der Entscheidungen des Reichsgerichts Bd. 65, 17 ff. und Bd. 65, 313 ff. und der dort angegebenen Stellungnahme der Vorinstanzen (OLG Frankfurt und Kammergericht) zeigte, nicht selten als Vertrag behandelt[103]). Auch die Oberlandesgerichte erkennen allerdings das Bestehen besonderer „Gefälligkeitsverträge" nicht an und suchen Gefälligkeiten unter die im Bürgerlichen Gesetzbuche gegebenen Typen unentgeltlicher Verträge zu bringen[104]).

§ 5. Gefälligkeiten als tatsächliche Handlungen und als schuldrechtliche Verträge.

Die Prüfung der Frage, ob im Falle einer Gefälligkeitsleistung ein obligatorischer Vertrag vorliegt oder nicht, muß, wenn sie zu einem eindeutigen und befriedigenden Ergebnis führen soll, ihren Anfang nehmen bei einer Untersuchung über Begriff und Wesen eines solchen Vertrages.

---

[99]) RG 65, 313 ff.; 67, 431 ff.; 128, 229.

[100]) RG 65, 20; vgl. LZ 1917, 1370; LZ 1918, 496.

[101]) RG 128, 229.

[102]) Die Stellungnahme des Verfassers zu diesen Fragen ist späteren Abschnitten der Arbeit vorbehalten.

[103]) Vgl. OLG Kolmar in OLG 9, 304 ff.; OLG Bamberg in OLG 12, 84; OLG Kiel in OLG 18, 25; OLG Dresden in SeuffArch. 61, 389; OLG Frankfurt in JW 1907, 99; OLG Zweibrücken in Recht 1907, Nr. 446; OLG Augsburg in Recht 1908, Nr. 516; OLG Stuttgart in Recht 1910, Nr. 2490.

[104]) Vgl. im übrigen aus der Fülle der Entscheidungen zur Frage von Vertrag und Haftung bei der Gefälligkeit: JW 1910, 234; 1911, 28; 1914, 589; 1915, 275/276; 1926, 2534; JW 1935, 1021; 1936, 425 ff.; 1581 ff.; Warn. 1915, Nr. 126; Recht 1908, Nr. 3222, 3262; 1910, Nr. 1247; 1921, Nr. 1606.

Das Bürgerliche Gesetzbuch gibt uns an keiner Stelle eine Erklärung des Begriffes „Vertrag". Es ist lediglich in § 151 BGB gesagt, auf welche Weise ein Vertrag zustandekommt: durch die Annahme eines Antrages. — Sowohl der Vertragsantrag als auch die Vertragsannahme erfordern begrifflich die Äußerung eines Geschäftswillens. Beide sind also Willenserklärungen. Für sich allein ist aber noch keine der beiden Erklärungen geeignet, eine Rechtswirkung hervorzurufen; erst an die Verbindung von Antrag und Annahme knüpft die Rechtsordnung diesen Erfolg, die Entstehung eines Vertrages.

Wenn die Rechtsordnung einem Tatbestand, der vielleicht nur eine Willenserklärung ist oder aber sich, wie hier, aus einer Mehrheit von Willenserklärungen zusammensetzt, als Erfolg den Eintritt von Rechtswirkungen zuerkennt, so spricht man von einem Rechtsgeschäft. Ein Vertrag ist also ein Rechtsgeschäft, das durch die Vereinigung übereinstimmender, gegenseitiger Willenserklärungen zweier oder mehrerer Personen entsteht, wenn jede der Willenserklärungen im Hinblick auf die andere abgegeben wird.

Willenserklärungen ihrerseits bestehen ebenfalls, wie schon ihr Name besagt, aus mehreren Bestandteilen: einem inneren Willensentschluß und einer äußeren Kenntlichmachung dieses Willensentschlusses, der Erklärung. Es erscheint selbstverständlich, daß die Rechtsordnung dem inneren Vorgang des Willensentschlusses allein noch keinerlei Bedeutung beilegt; denn ein rein innerer Willensvorgang läßt sich eben noch von niemandem erkennen und ist daher auch nicht geeignet, irgendwelche Rechtswirkungen hervorzurufen. Erst wenn der innere Willensentschluß irgendwie Gestalt angenommen hat und auf diese Weise Dritten überhaupt erst erkennbar geworden ist, kann ihm von der Rechtsordnung eine Bedeutung zugewiesen werden.

Im Schrifttum herrscht Streit darüber, was unter einer „ausdrücklichen" und einer „stillschweigenden" Willenserklärung zu verstehen sei [105]). Auf diesen Streit soll im Rahmen dieser Arbeit nicht eingegangen werden, da beide Arten von der Rechtsordnung gleich behandelt werden und Einigkeit darüber besteht, daß die Willenserklärung nicht notwendig durch ein Verhalten erfolgen muß, das sich direkt auf die Erklärung eines Willens richtet (gesprochene und geschriebene Worte, Kopfnicken), sondern daß der Wille auch indirekt erklärt werden kann durch Worte oder Handlungen, die in erster Linie einen anderen Zweck verfolgen, aus denen aber doch auf den Geschäftswillen geschlossen werden kann (schlüssiges Verhalten). Sogar in völlig passivem Verhalten (Stillschweigen) kann unter Umständen eine Willenserklärung erblickt werden; nämlich dann, wenn zu erwarten ist, der Schweigende werde sich bei entgegenstehendem Willen geäußert haben [106]).

Die Kundgebung des Willens kann also in jeder nur möglichen Form, die auf einen Geschäftswillen schließen läßt, erfolgen. Sie muß allerdings, um Willenserklärung zu sein, in dem Bewußtsein erfolgen, daß aus der Er-

---

[105]) Vgl. Enneccerus, Allg. Teil, § 144, a; Enneccerus-Nipperdey, § 144, a.
[106]) Schweigen auf ein Bestätigungsschreiben im Handelsverkehr.

klärung auf einen Geschäftswillen geschlossen werden kann (Erklärungsbewußtsein)[107].

Dieser Schluß ergibt sich aus der Bestimmung des § 118 BGB: „Eine nicht ernstlich gemeinte Willenserklärung, die in der Erwartung abgegeben wird, der Mangel der Ernstlichkeit werde nicht verkannt werden, ist nichtig." Hiernach kann einmal die Ansicht, eine Willenserklärung liege nur vor, wenn der Wille bestehe, ein auf eine Rechtsfolge gerichtetes Wollen kund zu tun oder zu erklären[108]), nicht richtig sein. Denn das Bürgerliche Gesetzbuch spricht auch hier, wo die Äußerung zwar mit dem Bewußtsein getan wird, daß sie als Erklärung aufgefaßt werden kann, wo es aber gewiß an dem Willen fehlt, einen Geschäftswillen zu erklären, von einer Willenserklärung. — Andererseits ist die Auffassung verfehlt, die eine Willenserklärung in einem Verhalten erblickt, das sich zwar, rein objektiv betrachtet, als auf Rechtsfolgen gerichtet darstellt, jedoch ohne das Bewußtsein erfolgt, daß aus ihr auf einen Geschäftswillen geschlossen werden könne[109]). Eine Kopfneigung ohne das Bewußtsein, daß sie als Annahme einer Offerte aufgefaßt werden könne, ist keine Willenserklärung[110]). Es fehlt hier überhaupt an einer inneren Vorstellung des Handelnden. Aus der Vorschrift des § 118 BGB folgt aber, daß einem äußeren Verhalten nur dann ein Erklärungswert beigemessen werden kann, wenn nicht nur der Erklärende sein Handeln als solches will, sondern wenn er sich auch bewußt ist, daß mit diesem gewollten Tun auch ein bestimmter Erklärungswert verbunden ist[111]).

Es ist weiter streitig, ob der Begriff der gültigen Willenserklärung das Vorhandensein eines bestimmten Erfolgswillens verlangt. Die Anhänger der sogenannten „Willenstheorie" halten das Vorliegen eines bestimmten Willens für ausschlaggebend dafür, ob eine Erklärung wirksam sei oder nicht; denn nach ihrer Auffassung mißt die Rechtsordnung nur dem wirklich Gewollten Bedeutung zu. Die sogenannte „Erklärungstheorie" aber legt im Hinblick auf die Interessen des Vertragspartners die entscheidende Bedeutung auf die Erklärung, wie sie im Einzelfalle aufgefaßt werden muß, und läßt diese auch dort gelten, wo sie dem wahren Willen des Erklärenden nicht entspricht[112]).

Der Gesetzgeber hat sich keiner dieser Theorien starr angeschlossen, da er sich bewußt war, daß, falls in der Gesetzgebung lediglich eine der Theorien zur Anwendung kommen würde, dies im Einzelfalle des Lebens zu uner-

---

[107]) Enneccerus, Allgem. Teil, § 136, II, 3; Enneccerus-Nipperdey, § 136, II, 3.

[108]) Manigk, a. a. O., S. 177 ff.

[109]) Vgl. Planck, 3. Aufl., I, S. 208.

[110]) Enneccerus, Allgem. Teil, § 136, II, 3; Enneccerus-Nipperdey, § 136, II, 3.

[111]) Vgl. Oertmann, Vorbem. 9 d vor § 104.

[112]) Vgl. zu diesem Streit: für das heutige Recht: Oertmann, Vorbem. zu § 116 BGB; für das gemeine Recht: Windscheid, § 75.

wünschten und unbilligen Härten führen würde[113]). Das Bürgerliche Gesetzbuch hat eine aus „Willenstheorie" und „Erklärungstheorie" eigenartig gemischte Theorie, die man „Vertrauenstheorie" zu nennen pflegt. — Weil dem Erklärenden sowohl der Geschäftswille wie der ernsthafte Erklärungswille fehlt, ist die nicht ernstlich gemeinte Willenserklärung nichtig, auch wenn sie der Gegner entgegen der Absicht des Erklärenden für ernst gemeint hielt und halten konnte (§ 118 BGB). — Desgleichen ist, weil dem Erklärenden diese beiden Willen fehlen, gemäß § 117 BGB die Scheinerklärung nichtig. Dagegen liegen im Falle des § 119 BGB sowohl Geschäftswille wie Erklärungswille vor, und deshalb ist die Erklärung auch zunächst gültig; aber der Erklärungswille deckt sich nicht mit dem objektiven Sinn der Erklärung und daher kann der Erklärende auf dem Wege über die Anfechtung die Nichtigkeit der Erklärung ex tunc herbeiführen. Nach den Grundsätzen der reinen Erklärungstheorie würde man hier nicht zu einem Anfechtungsrecht gelangen können. — Diesem Vertrauensschutzprinzip entspricht auch die Vorschrift des § 116 BGB, welche eine Erklärung trotz des geheimen Vorbehalts, das Erklärte nicht zu wollen, für gültig erklärt, sofern nicht der Erklärungsgegner den Mangel des Geschäftswillens erkennt.

Es gehört also zu einer gültigen Willenserklärung grundsätzlich ein Erklärungswille und eine entsprechende Erklärung. Ein Erklärungswille in diesem Sinne ist aber nur vorhanden, wenn der Erklärende sich des rechtlichen Charakters des erklärten Willens (Geschäftswillens) bewußt ist. Eine bloße Aussage, die nur einen rechtlich nicht erheblichen Willen mitteilt, ohne eine bestimmte Rechtswirkung zu bezwecken, ist keine Willenserklärung im gesetzestechnischen Sinne. Nicht aber darf man als essentiell für den Begriff der Willenserklärung verlangen, daß der Geschäftswille auf die Rechtswirkung in ihrer juristischen Qualität und in ihren Einzelheiten gerichtet sei[114]). Denn ganz abgesehen davon, daß im Gesetze selbst nicht zur rechtlichen Wirksamkeit einer Willenserklärung ein auf einen bestimmten „Rechtserfolg" gerichteter Wille verlangt wird, ist diese Ansicht auch keineswegs mit der Mentalität des Durchschnittsmenschen in Einklang zu bringen. Mit Ausnahme vielleicht einiger Rechtskundiger denkt niemand im täglichen Leben bei Abgabe einer Willenserklärung an eine rechtsgestaltende Wirkung, an sogenannte „Rechtsfolgen" seines Tuns. Denn in Wahrheit ist es doch so, daß man im allgemeinen mit seiner Äußerung nur einen wirtschaftlichen oder gesellschaftlichen Erfolg hervorbringen will. Das ist der von den Parteien mit der Abgabe ihrer Erklärungen erstrebte Erfolg. Das Gesetz aber legt den Erklärungen, mit denen von den Parteien dieser lediglich wirtschaftliche oder gesellschaftliche Erfolg erstrebt wird, von sich aus ohne weiteres Rechtsfolgen bei[115]).

Wenn die Parteien nun allerdings auch nicht ihren Willen auf diese Rechts-

---

[113]) Vgl. Motive I, 191; Prot. I, 94.

[114]) Siehe auch Titze, Handwörterbuch d. Rechtsw., Bd. IV, 656.

[115]) Siehe Danz, Auslegung, S. 7 ff.; Lenel, IherJ. 19, 154 ff.

folgen direkt richten und gewiß in der Regel auch nicht an Gericht und Klagbarkeit denken, so haben sie aber doch wohl fast immer den Gedanken, daß der von ihnen mit ihren Erklärungen erstrebte wirtschaftliche Erfolg der Rechtsordnung nicht ganz gleichgültig sein solle, sondern daß diese von ihnen beabsichtigte Änderung der bestehenden Verhältnisse von der Rechtsordnung irgendwie sanktioniert sei. Und in diesem Sinne ist Enneccerus zuzustimmen, wenn er ausführt[116]), in dem Wollen eines wirtschaftlichen oder gesellschaftlichen Erfolges werde als Mittel zur Erreichung des Zweckes regelmäßig die entsprechende Rechtsfolge mitgewollt; der Erfolg werde als Rechtserfolg gewollt. Insoweit wird man also für den Begriff einer Willenserklärung auch das Bestehen eines auf einen Rechtserfolg im weitesten Sinne gerichteten Willens verlangen müssen.

Nur Erklärungen, welche den vorstehend dargelegten Erfordernissen genügen, sind also Willenserklärungen im gesetzestechnischen Sinne; nur sie sind geeignet, gegebenenfalls zu einem Vertragsschluß zu führen.

Es wäre daher falsch, wollte man vielleicht schon bei einfachen Gefälligkeitshandlungen des täglichen Lebens an das Bestehen vertraglicher Beziehungen denken; denn bei einer derartigen Handlung liegt überhaupt keine Willenserklärung im gesetzestechnischen Sinne vor. Wenn man jemandem die zu Boden gefallene Zeitung aufhebt, einem Bekannten beim Anziehen des Mantels behilflich ist, einen Strauchelnden stützt, einem Ertrinkenden einen Rettungsring zuwirft oder ihm, um ihn vor dem Tode des Ertrinkens zu bewahren, in die hochgehenden Fluten nachspringt, so reagiert man in allen diesen Fällen spontan auf Geschehnisse des Lebens mit einer Tat. Und nur auf diese Tat als solche ist der Wille und das Bewußtsein des Betreffenden gerichtet. Niemand aber will in solchen Fällen mit seinem Tun einen rechtsgeschäftlichen Erfolgswillen zum Ausdruck bringen. Es wird sich vielmehr jeder, wenn er sich im Augenblick seines Handelns überhaupt soweit Gedanken macht, dessen bewußt sein, daß aus seiner Handlung nach Treu und Glauben lediglich auf einen Tatwillen geschlossen werden kann. Es fehlt daher bei einer Gefälligkeitshandlung der eben besprochenen Art dem Gefälligen nicht nur stets der rechtsgeschäftliche Geschäfts- oder Erfolgswille, sondern auch das zum Begriff einer Willenserklärung notwendigerweise gehörende sogenannte Erklärungsbewußtsein. Der Gefällige hat vielmehr in solchen Fällen gerade das Bewußtsein, daß sein Verhalten n i c h t als Ausdruck eines rechtsgeschäftlichen Willens aufgefaßt werden kann. Reine Tathandlungen aus dem Beweggrund der Gefälligkeit sind daher wegen des Fehlens von Bestandteilen, die für den Begriff der Willenserklärung wesentlich sind, keine Willenserklärungen. Sie sind also auch nicht geeignet, zwischen dem Gefälligen und der Person, welcher er die Gefälligkeitshandlung erweist, einen Vertrag irgendwelcher Art zur Entstehung zu bringen.

---

[116]) Vgl. Enneccerus, Allg. Teil, § 136, II Anm. 3; Enneccerus-Nipperdey, § 136, II, Anm. 3.

Hierher gehören auch jene Fälle, in denen die Bitte eines Menschen an sein Gegenüber sich nur auf eine von diesem sofort vorzunehmende Handlung erstreckt, und jener die Bitte sofort erfüllt. Wenn ich beispielsweise jemanden bei Tisch bitte, mir die Kompottschüssel zu reichen oder im Theater jemanden auffordere, sich für einen Augenblick von seinem Platz zu erheben, damit ich auf meinen Platz gelangen kann[117]), so richtet sich in diesen und ähnlichen Fällen der Wille des Bittenden und der Wille dessen, der meiner Bitte willfahrt, lediglich auf die vorzunehmende Handlung als solche. Es liegt deshalb hier, wie bei den vorstehend besprochenen, spontanen reinen Gefälligkeitshandlungen, auf keiner Seite eine rechtsgeschäftliche Willenserklärung vor, und daher ist der Gedanke an das Entstehen eines Vertrages hier ebenfalls ohne weiteres abzulehnen. Derartige Bitten und Leistungen bleiben unter der Schwelle des juristischen Bewußtseins der Menschen[118]).

Andererseits dürfte nichts im Wege stehen, in der an einen Dritten gerichteten Bitte, in Zukunft unentgeltlich zu meinen Gunsten etwas zu tun oder zu unterlassen oder mir selbst zu gestatten, irgendwie in die Sphäre des anderen durch mein Tun ohne Gewährung eines Entgelts eingreifen zu dürfen, ebenso wie in den entsprechenden ernstgemeinten Versprechen und Gestattungen Willenserklärungen im Sinne des Gesetzes zu sehen. Denn hier fehlt es den Parteien weder am Erklärungsbewußtsein noch am Erfolgswillen. Und daher kommt es bei Übereinstimmung von Bitte einerseits und Gestattung oder Versprechen andererseits zum Abschluß eines Vertrages. Denn nun vereinigen sich zwei im Ziele übereinstimmende Willenserklärungen verschiedener Personen, wobei jede der Willenserklärungen nur im Hinblick auf die andere abgegeben wird.

Die Wirkungen dieses Vertrages erschöpfen sich nun aber nicht schon darin, daß durch ihn der Leistung des Gefälligen ein rechtlicher Grund gegeben und eine Rückforderung wegen ungerechtfertigter Bereicherung ausgeschlossen wird[119]). Gegenstand der Parteivereinbarung ist vielmehr, daß der Gefällige zu einer bestimmten Leistung, d. h. einem Tun oder Unterlassen (§ 241 BGB) verpflichtet sein soll, während der andere Vertragspartner berechtigt sein soll, von dem Gefälligen diese vereinbarte Leistung zu fordern. Die Parteien schließen also einen echten obligatorischen Vertrag.

Nun wird häufig die schuldrechtliche Natur dieses Vertrages mit der Begründung bestritten, es fehle bei derartigen Vereinbarungen an einem Verpflichtungswillen. So führt v. Blume aus, man nehme eine Leistung auf sich, ohne sich dazu zu verpflichten[120]). Ein Satz voll seltsamen Widerspruchs[121]).

---

[117]) Siehe Kuhlenbeck, JW 1908, 701 ff.

[118]) Kuhlenbeck, JW 1908, 701 ff.

[119]) So v. Blume, Recht 1908, 651; Staudinger, 9. Aufl., Vorbem. I zu § 305.

[120]) v. Blume, Recht 1908, 651.

[121]) Leonhard, Bd. I, S. 82.

Gewiß darf bei einem Vertrage, der auf die Herbeiführung eines wirtschaftlichen oder gesellschaftlichen Erfolges gerichtete Wille (sogenannter Erfolgswille) nicht mit dem Willen, sich zu verpflichten, gleichgesetzt werden. Erst wenn der Verpflichtungswille zu dem Erfolgswillen der Parteien hinzutritt, entsteht zum Unterschiede von anderen Vertragsarten, die das Gesetz als dingliche, familienrechtliche und erbrechtliche Verträge kennt, der schuldrechtliche Vertrag.

Es kann im konkreten Falle allerdings eine Frage der Auslegung sein, ob der Erklärende mit seiner Äußerung oder Handlung nach Treu und Glauben den Willen zum Ausdruck gebracht hat, er werde dem Vertragspartner eine von diesem auch rechtlich erzwingbare Leistung erweisen (§§ 133, 157 BGB). Bei klarem Wortlaut aber ist keine Möglichkeit zur Auslegung gegeben [122]). Das Vorhandensein eines Verpflichtungswillens muß daher stets dann angenommen werden, wenn jemand durch sein Versprechen oder durch eine Gestattungserklärung einem anderen seine ernstliche Absicht zu erkennen gibt, ihm unentgeltlich eine Gefälligkeit zu erweisen. Eine Gefälligkeitszusage, die keine Verpflichtung nach sich ziehen würde, wäre für den anderen Teil völlig wertlos [123]). Wer eine Gefälligkeit zusagt, muß wissen (und weiß auch), daß er sich damit verpflichtet [124]). Denn es wäre geradezu ein Widersinn, zu sagen: Ich verspreche etwas, will es aber nicht halten [125]). — Eine solche innere Einstellung aber wäre nicht nur widersinnig, sondern gemäß § 116 BGB als geheimer Vorbehalt auch völlig unbeachtlich. Wer sich nicht verpflichten will, mag diesen Willen klar erkennbar äußern. Tut er dies nicht, so darf er sich nicht wundern, wenn man ihn beim Worte hält. „Ein Mann, ein Wort"; dieses alte Sprichwort führt uns die Anschauung des redlichen Verkehrs auch in bezug auf Gefälligkeitszusagen unmißverständlich vor Augen.

Nun werden häufig die zugesagten Gefälligkeitsleistungen keinen in Geld meßbaren Wert darstellen, obwohl dies vielleicht nicht einmal für die Mehrzahl der Gefälligkeiten zutreffen wird; denn eine Einladung aufs Land für vier Wochen [126]) hat gewiß einen Vermögenswert, und wenn der Bahnhofswirt einem Gast, der sich die Stadt ansieht, sein Gepäck aufbewahrt, so hat hier die Gefälligkeitsleistung des Wirtes für den Gast einen Wert in Höhe der für bahnamtliche Aufbewahrung ersparten Gebühren. — Eine große Anzahl von Gefälligkeiten aber läßt sich nicht in Geld messen.

Wenn ich mit dem Schnellzuge von Bonn nach Köln fahre und einem ebenfalls nach Köln fahrenden Mitreisenden auf seine Bitte verspreche, ihn, falls er einschlafen sollte, in Köln zu wecken, so verpflichte ich mich rechtswirksam, unter bestimmten Umständen im Interesse des Mitreisenden tätig zu werden. „Ich bin verpflichtet, den Mitreisenden, der sich mir anvertraut hat, und der während der Fahrt eingeschlafen ist, zu wecken und darauf auf-

[122]) Planck, § 133, Anm. 3 a.
[123]) Böckel, a. a. O., S. 609.
[124]) Böckel, a. a. O., S. 609.
[125]) Geigel, a. a. O., S. 40.
[126]) Beispiel bei Leonhard, Bd. I, S. 50.

merksam zu machen, daß wir am Reiseziel angelangt sind. Derartige Gefälligkeitsverträge, in denen jemand in einer bestimmten Richtung die Fürsorge für die Person oder das Vermögen eines anderen übernimmt, sind erheblich häufiger als man bislang im Schrifttum anzunehmen pflegte. Sie bieten die Möglichkeit, durch Vertrag eine Verpflichtung zu begründen, aus der nur eine Anzeige geschuldet wird [127])." — Ich stehe nicht an, mit Klein hier eine Verpflichtung zu einer unentgeltlichen Geschäftsbesorgung und damit das Vorliegen eines Auftragsvertrages anzunehmen.

Auch wenn ich im Theater meinem Bekannten gestatte, ab und zu mein Opernglas zu benutzen, in der Eisenbahn meinem Gegenüber meine Zeitung zu lesen gebe oder ihm mein Kursbuch zur Einsichtnahme reiche, damit er sich Anschlußzüge notiere, sollte nicht an dem Entstehen vertraglicher Beziehungen gezweifelt wergen. Alle diese Fälle lassen sich mühelos als Leihverträge identifizieren. — Man hat das Vorliegen eines Leihvertrages mit der Begründung zu bestreiten versucht, es liege in derartigen Fällen nur eine rein tatsächliche, auch ohne ausdrücklichen Vorbehalt beliebigen Widerrufs jederzeit widerrufliche Gebrauchsgestattung vor; es erlange derjenige, dem die frei widerrufliche Nutzung einer Sache überlassen sei, keinen Besitz an ihr, sondern es liege nur ein Verhältnis nach § 855 BGB vor [128]). Hierbei wird jedoch übersehen, daß dem Bürgerlichen Gesetzbuch das Prekarium des römischen Rechts und die Bittleihe des preußischen Allgemeinen Landrechts (I, 21, §§ 222 bis 234) und des österreichischen Rechts (§ 974 ABGB) als Institut fremd ist. Aus der Entstehungsgeschichte des Bürgerlichen Gesetzbuches ergibt sich ferner, daß man auch den Fall einer jederzeit widerruflichen Gebrauchsgestattung einer Sache als Leihvertrag auffaßte und auch hier ohne Bedenken eine Verpflichtung zur Überlassung der Sache bis zum Widerruf annahm, so daß man sogar die im Entwurf I vorgesehene Bestimmung, „auf den unentgeltlichen Gebrauch einer Sache unter dem Vorbehalt jederzeitigen Widerrufs" seien die Vorschriften über die Leihe zur Anwendung zu bringen, als selbstverständlich streichen zu können glaubte [129]). Die Ansicht, daß zum Begriff der Leihe nicht die Gebrauchsgestattung für eine bestimmte Zeitdauer gehöre, sondern daß auch die frei widerrufliche Gebrauchsgestattung ein echter, Rechtspflichten erzeugender Leihvertrag sei, kommt endlich in der Bestimmung des § 604 Abs. III BGB klar zum Ausdruck, so daß entgegen der Auffassung Kuhlenbecks nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch in den obengenannten Fällen das Bestehen von Leihverträgen zu bejahen ist [130]).

---

[127]) Klein, SeuffBlätt. Bd. 74, S. 26.

[128]) Kuhlenbeck, JW 1904, S. 229.

[129]) Vgl. E. I, § 558; Prot. II, 275 ff.

[130]) Ein von Kuhlenbeck angenommenes momentanes Besitzverhältnis nach § 855 BGB liegt im Gegensatz zu den besprochenen Fällen vor, wenn man beispielsweise einen wertvollen Ring oder einen Revolver zur Besichtigung herumreichen läßt. Aber hier fehlt es ja auch gerade an einem Verpflichtungswillen. Vgl. Staudinger-Kober, 10. Aufl., Vorbem. 3 vor § 598.

Ebenso übernehme ich eine der Leihe typische Duldungspflicht, wenn ich jemandem erlaube, bei Regenwetter sich unter mein vorspringendes Dach zu stellen, Baumaterialien für kürzere oder längere Zeit auf meinem Grundstück zu lagern oder sein Fahrrad in meinem Vorgarten, gegen Sicht von draußen geschützt, während eines Botenganges unterzustellen.

Der Einwand von Danz [131]), der in den vorgenannten Fällen den Gedanken an das Zustandekommen eines Leihvertrages deshalb ablehnen zu müssen glaubt, weil die Leihe als Realvertrag die Übergabe des Raumes an den Entleiher voraussetze, und der deshalb nur ein „Raumprekarium" annehmen will, ist nicht stichhaltig. Seine Ansicht ist deshalb nicht richtig, weil der Verleiher gemäß § 598 BGB dem Entleiher nur den Gebrauch der geliehenen Sache zu gestatten braucht, nicht aber, wie der Vermieter, den Gebrauch der vermieteten Sache auch gewähren muß. Die Verpflichtung des Verleihers ist ihrem Wesen nach geradezu eine Duldungspflicht [132]). Es liegt also auch bei diesen Beispielen ein Leihvertrag vor.

Ob jemand neben der Verpflichtung, den Sachgebrauch zu dulden, auch eine Aufsichtspflicht über bei ihm untergestellte Gegenstände übernimmt und somit einen Verwahrungsvertrag abschließt, hängt von einer entsprechenden Willenskundgebung ab und ist mangels ausdrücklicher Erklärung eine Frage der Umstände des Einzelfalles [133]). Eine allgemeine Regel läßt sich hier nicht aufstellen.

Entscheidend für die Frage, ob bei Gefälligkeitszusagen ein schuldrechtlicher Vertrag entsteht oder nicht, ist eben in allen Fällen einzig und allein, ob man sich verpflichten will, bzw. ob aus dem Verhalten eines Menschen nach Treu und Glauben auf das Vorhandensein eines Verpflichtungswillens geschlossen werden muß. Dabei kann mit Rücksicht auf den Verkehr kein Unterschied zwischen dem Willen, sich rechtlich oder sich nur gesellschaftlich verpflichten zu wollen, gemacht werden. Verpflichte ich mich, so habe ich die sich daraus ergebenden Rechtsfolgen zu tragen.

Deshalb kommt ein gültiger, verpflichtender Leihvertrag zustande, wenn ich einem Freunde verspreche, ihm ein Buch zu leihen; und ich verpflichte mich zu unentgeltlicher Verwahrung beweglicher Sachen, wenn der Lebensretter, der einem Ertrinkenden in den Fluß nachspringt, sich hindernder Kleidung entledigt, mir Mantel, Hut, Jacke, Uhr usw. in die Hände drückt und ich die Sachen, auch ohne nur ein Wort zu sprechen, annehme.

Und man wird nicht daran zweifeln können, daß sowohl dann, wenn ein Onkel seinem Neffen für den Fall des bestandenen Examens eine goldene Uhr verspricht, ein Schenkungsversprechen vorliegt, wie auch in der Einladung zum Mittagessen ein Schenkungsversprechen zu sehen ist. Man wird

---

131) Danz, IherJ. 38, 478 ff.

132) Vgl. Planck, Vorbem. III vor § 598; Oertmann, Vorbem. 4 vor § 598.

133) Krückmann, SeuffBlätt. 74, 116 will bei wertvollen Gegenständen Verwahrung annehmen; ein Gedanke, der nicht von der Hand zu weisen ist. Doch muß der Wert zum mindesten dem Gegner auch bekannt sein.

gewiß Enneccerus[134]) zustimmen müssen, daß hier der Gefällige nicht zur Leistung rechtlich verpflichtet ist. Aber das nicht deshalb, weil es ihm etwa in solchen Fällen an einem Verpflichtungswillen fehlt[135]). Deutlicher läßt sich eigentlich der Wille, sich zu einer Leistung verpflichten zu wollen, kaum zum Ausdruck bringen. Aber in beiden Fällen ist die versprochene Leistung deshalb nicht erzwingbar, weil das Schenkungsversprechen wegen Verstoßes gegen die für die Gültigkeit eines Schenkungsversprechens vorgeschriebene Form (§ 518 I BGB) nichtig ist. Die nachfolgende Leistung bewirkt jedoch gemäß § 518 II BGB die Heilung des wegen Formmangels nichtigen Geschäfts. Nichts steht im Wege, nun einen gültigen Schenkungsvertrag anzunehmen und die Vorschriften der §§ 516 ff. BGB zur Anwendung zu bringen. — Ebenso ist es m. E. nicht gekünstelt, sondern entspricht durchaus dem Gesetz und der Auffassung des Verkehrs, das Zustandekommen eines Leihvertrages anzunehmen, wenn man seinem Gaste Möbel, Eßbesteck usw. zum Gebrauche zur Verfügung stellt, und je nach den Umständen des Falles einen Leihvertrag oder einen Verwahrungsvertrag bezüglich seiner mitgebrachten Garderobe und Koffer[136]). Und wenn jemand einem Bekannten verspricht, ihm während einer Krankheit das Essen zu bereiten, ihn nachmittags eine Stunde im Rollstuhl spazierenzufahren oder für ihn einen Brief in den Briefkasten zu werfen, so verpflichtet er sich dem Kranken gegenüber zu unentgeltlichen Dienstleistungen, die keine Geschäftsbesorgung zum Gegenstande haben. — Unbedenklich muß ferner ein rechtswirksames Schuldverhältnis angenommen werden, wenn jemand seinem Nachbarn unentgeltlich aus Gefälligkeit ernstlich zusichert, er werde für gewisse Stunden das Singen und Musizieren unterlassen, er werde einem gefangenen Tiere die Freiheit schenken[137]). Und wenn ich jemandem auf seine Bitte gestatte, mit seinem Wagen über mein Grundstück zu fahren, damit er einen zeitraubenden Umweg erspart, so übernehme ich damit unmißverständlich die Verpflichtung, das Befahren meines Grundstücks für diesen Fall zu dulden[138]).

Auch bei der sogenannten „Gefälligkeitsfahrt", dem Gestatten, unentgeltlich in meinem Wagen mitzufahren, wird man das Bestehen eines schuldrechtlichen Vertrages nicht verneinen können. „Es liegt kein Grund vor, dieser Vereinbarung das rechtliche Wesen, die Vertragsnatur, zu bestreiten. Daß sie nicht aus geschäftlichen Erwägungen, sondern aus Gefälligkeit ent-

---

[134]) Enneccerus, Schuldverhältnisse, § 251, 5; Enneccerus-Lehmann, Schuldverhältnisse, II, § 27, 6.

[135]) Wie Enneccerus auch: Staudinger-Werner, 9. Aufl., II, 1, Einl. I vor § 305; siehe auch Soergel, § 241 Anm. 3; RGRKomm., § 241 Anm. 1.

[136]) Siehe Krückmann, SeuffBlätt. 74, 115. Vgl. auch Böckel, a. a. O., S. 607 ff.; Geigel, SeuffBlätt. 77, 42.

[137]) Staudinger-Werner, 9. Aufl., II, 1, Einl., Bem. I, 8 (S. 16).

[138]) Leonhard, I, S. 81, will (ohne überzeugende Begründung) nur dann eine Verpflichtung annehmen, wenn die Erlaubnis für mehrere Fälle oder für spätere Benutzung erteilt wird; nicht aber, m. E. zu Unrecht, bei sofortiger Benutzung.

sprungen ist, nimmt ihr die rechtliche Natur nicht, so wenig derselbe Umstand dies bei Leihe oder Schenkung vermag[139])."

Der Gedanke an einen Auftragsvertrag[140]) ist zwar abzulehnen; denn die von dem gefälligen Wagenbesitzer übernommene Leistung ist eine rein werkmäßige, technische Beschäftigung, die mit dem Wesen der Geschäftsbesorgung unvereinbar ist[141]). Bei Vereinbarung eines Entgelts würde zweifellos ein Werkvertrag vorliegen. Man wird nun nicht einen Unterschied machen können zwischen dem Fall, daß jemand einem anderen auf dessen Bitte gestattet, bis zu seinem Heimatorte oder bis an ein anderes bestimmtes Ziel mitzufahren, oder ob der Fuhrherr den Fahrgast nur einfach mitaufsitzen läßt, um ihn ein Stück Weges mitzunehmen. Es geht m. E. nicht an, bei Vereinbarung eines festen Zieles richtig einen unentgeltlichen Werkvertrag, bei der bloßen Gestattung des Mitfahrens aber Leihe anzunehmen[142]). Gewiß stellt der Fuhrherr dem Fahrgast den Sitz im Wagen zur unentgeltlichen Benutzung zur Verfügung. Das tut er aber in beiden Fällen in gleicher Weise. In beiden Fällen ist jedoch nicht die Einräumung eines Platzes das Wesentliche, sondern die Beförderung; dabei erscheint die Platzüberlassung nur als eine Nebenverpflichtung. Demgemäß ist in den beiden bei der Gefälligkeitsfahrt denkbaren Fällen die rechtliche Natur des Vertrages die gleiche: ein unentgeltlicher Werkvertrag, der keine Geschäftsbesorgung zum Gegenstande hat[143]).

Allen diesen Schuldversprechen über Leistungen ohne oder ohne genau zu ermittelnden Vermögenswert wird man den Rechtsschutz nicht versagen können.

Zwar bestand im gemeinen Recht darüber Streit, ob das Wesen der Obligation einen Vermögenswert der Leistung erfordere[144]), und das BGB enthält keine Bestimmung, welche diese Frage klar regelt. Aus der Entstehungsgeschichte des BGB ist jedoch zu ersehen, daß die Gesetzesredaktoren einen Vermögenswert der Leistung für ein wirksames Schuldverhältnis nicht für erforderlich hielten[145]). Aber nicht nur dieser Umstand, sowie jener, daß der Wortlaut des Gesetzes nirgends auf die Notwendigkeit eines Vermögensinteresses bei Schuldverhältnissen hinweist, läßt den Schluß zu, daß ein Vermögenswert nicht begriffsnotwendig zu einem Schuldverhält-

---

[139]) Jung, a. a. O., S. 57.

[140]) So Krückmann, SeuffBlätt. 54, 155.

[141]) Vgl. § 3 Ziff. 4 der Arbeit.

[142]) Jung, a. a. O., S. 57, 59. Siehe auch Krückmann, JherJ. 54, 112. Der Versuch Krückmanns, mit dem Besitzrecht des Fahrgastes, einer sachenrechtlichen Frage, das Bestehen eines Schuldvertrages beweisen zu wollen, dürfte im übrigen abzulehnen sein.

[143]) a. A. die z. Zt. in Rechtslehre und Rechtsprechung herrschende Meinung; vgl. § 4 dieser Arbeit.

[144]) Vgl. Dernburg, Pand., II, § 1, Anm. 6; § 17; Windscheid, Pand., I, § 250, Anm. 3.

[145]) Siehe Mot. II, 3; Prot. I, 280; 281; 620; D. 39.

nis gehört; es besteht auch keine innere Notwendigkeit dazu[146]). Es wäre nicht nur mit den Bedürfnissen des Lebens und der neueren Rechtsentwicklung[147]), sondern insbesondere auch mit dem Grundsatze der Vertragsfreiheit unvereinbar, wenn man einem Schuldverhältnis, dessen Leistung keinen Vermögenswert darstellt, die rechtliche Wirksamkeit versagen wollte.

Gerade der im BGB auf dem Gebiete der Schuldverhältnisse unbestritten herrschende Grundsatz der Vertragsfreiheit führt zwingend zu dem Schluß, daß mangels einer ausdrücklich entgegenstehenden gesetzlichen Bestimmung, für den Begriff des Schuldverhältnisses nach heutigem Recht nicht ein Vermögenswert der Leistung ein wesentliches Erfordernis ist. Auch Leistungen ohne Vermögenswert können für den Gläubiger oft von größter Bedeutung sein[148]). Es ist für ihn daher von praktischem Wert, daß das BGB die Rechtswirksamkeit eines solchen Schuldverhältnisses nicht von dem Vorhandensein eines Vermögenswertes abhängig macht. Denn nun kann sich ein unredlicher Schuldner nicht gegebenenfalls seiner Verpflichtung zur Leistung durch den Einwand des fehlenden Vermögensinteresses entziehen[149]).

Eine zugesagte Leistung ohne Vermögenswert ist bei entgeltlichen Verträgen auch nach Maßgabe der Bestimmungen der §§ 888, 890 ZPO erzwingbar. Bei den unentgeltlichen Gefälligkeiten ist aber der Gedanke an eine Zwangsvollstreckung wegen des bei derartigen Verträgen bestehenden besonderen Kündigungsrechtes abzulehnen[150]). — Daß sich der Gläubiger durch die Vereinbarung einer Vertragsstrafe nach §§ 339 ff. BGB in Fällen sichert, wo eine verspätete Leistung für ihn kein Interesse mehr hat, oder wo die Handlung des Schuldners nicht ausschließlich von dessen Willen abhängt, ist bei Gefälligkeitszusagen in der Regel nicht üblich, allerdings mit dem Begriff der Gefälligkeit nicht unvereinbar.

Ist nun nach Vorstehendem zwar zur Begründung und zum Fortbestehen eines Schuldverhältnisses ein vermögensrechtliches Interesse nicht erforderlich, so wird doch jedenfalls das Vorliegen eines schutzwürdigen Interesses als wesentlich für den Begriff des Schuldverhältnisses anzusehen sein[151]). Allerdings wird man den Begriff der Schutzwürdigkeit sehr weit zu fassen haben und die Frage nach der Schutzwürdigkeit stets dann schon bejahen müssen, wenn mit einer Vereinbarung nicht unwürdige Zwecke verfolgt werden, oder die Ausübung einer durch die Vereinbarung gegebenen Berechtigung nicht nur den Zweck haben kann, einen anderen zu schädigen[152]).

---

[146]) RGRKomm. § 241; RG 87/293; 102, 222.

[147]) Staudinger-Werner, 9. Aufl., II, 1. Einl. I, Bem. 8 (S. 15).

[148]) Vgl. Leonhard, a. a. O., I, S. 51.

[149]) Staudinger-Werner, 9. Aufl., II, 1. Einl. I, Bem. 8.

[150]) Vgl. die eingehende Behandlung des Kündigungsrechtes bei Gefälligkeitsverträgen in § 7 dieser Arbeit.

[151]) RGRKomm., § 241, 1; Staudinger-Werner, 9. Aufl., II, 1. Einl. I, Bem. 8; Enneccerus, § 251, 2; Enneccerus-Lehmann, § 1, IV, 2; § 27, 2.

[152]) So im Ergebnis: Leonhard, I, S. 52.

Als Kriterium für die Schutzwürdigkeit kommt hiernach der Begriff der „guten Sitten" und die Feststellung, ob eine Vereinbarung nicht gegen ein gesetzliches Verbot verstößt, in Frage. Wollte man den Begriff des schutzwürdigen Interesses auf andere Weise bestimmen, so käme man häufig zu unbilligen Ergebnissen. Denn in der Praxis wird es nicht selten sein, daß der Richter etwas nicht gerade mißbilligt, es aber auch nicht als wertvoll anerkennen kann; so beispielsweise harmlose Liebhabereien (Sammlungen), die der Richter für völlig überflüssig hält, und die es vielleicht auch sind. Auch kann es sich um neue Erfindungen oder neu auftauchende Interessen handeln, die für die Allgemeinheit noch gar nicht zu übersehen sind. „Kundige Parteien sind stets den allgemeinen Anschauungen voraus. Sie sichern sich Plätze zum Wenden von Autos oder zum Landen von Flugzeugen zu einer Zeit, wo man sonst daran nicht dachte; sie schließen Verträge über Abfälle, die allgemein als wertlos gelten[153])."

Ein gültiger schuldrechtlicher Vertrag liegt somit stets dann vor, wenn mit der Übernahme der Verbindlichkeit nicht gegen das Gesetz oder gegen die guten Sitten verstoßen wird, wobei eine von den Parteien beabsichtigte r e ch t l i ch e Bindung dann als gegen die guten Sitten verstoßend anzusehen ist, wenn sie als solche dem jeweils im Volke herrschenden Sittlichkeitsbewußtsein widerspricht. — Nach heutiger Anschauung dürfte danach Vereinbarungen auf dem Gebiete der Religion, der Liebe und des Anstandes eine rechtlich verpflichtende Wirkung fehlen und die Festsetzung einer Vertragsstrafe für den Fall der Zuwiderhandlung nichtig sein. Ebenso wie Verträge über die religiöse Erziehung eines Kindes ohne „bürgerliche" Wirkung sind[154]), hat auch das Versprechen, eine Wallfahrt zu unternehmen, keine rechtliche Bedeutung; und die Erfüllung der religiösen Vorschriften über die Form der Eheschließung oder Scheidung kann nicht Gegenstand rechtlichen Zwanges sein[155]). Die Zusicherung an den behandelnden Arzt, Ausschweifungen zu unterlassen, das Versprechen an die Braut, ihr von der Reise täglich zu schreiben, oder die Zusage des ersten Tanzes auf einem Balle sind gleichfalls, auch wenn bei Abgabe der betreffenden Erklärungen ein ernstlicher Verpflichtungswille vorliegt, ohne rechtliche Wirkung. „Denn gegen die guten Sitten verstößt das rechtsgeschäftliche Versprechen dessen, was nach Sittlichkeit und Anstand nur auf Grund eines freien Entschlusses geschehen oder unterlassen werden soll[156])."

---

[153]) Leonhard, I, S. 52. Wenn Leonhard aber weiter glaubt, die Parteien brauchten dem Richter ihre Absichten nicht zu offenbaren, so kann ihm nicht beigepflichtet werden. Denn wie sollte dieser anders erkennen können, ob nicht ein Fall des § 138 oder § 226 BGB vorliegt?

[154]) § 4 Reichsgesetz über die religiöse Kindererziehung.

[155]) Soergel, § 241 Anm. 2; RG 57/250 ff.

[156]) Planck, II, 1, Vorbem. I, S. 11; Staudinger-Werner, 9. Aufl., II, 1, Einl., I, Bem. 8; Jung, Grundriß, § 33, S. 30; Prot. I, 281.

Innerhalb dieser durch den Begriff der guten Sitten und durch gesetzliche Verbote gezogenen Grenzen können die Parteien sich aber nach Belieben in rechtsgültiger Weise verpflichten. Wie oben dargelegt ist, besteht kein Anlaß, von diesem Grundsatz bei ernstlichen Gefälligkeitszusagen abzuweichen. Bei jedem Gefälligkeitsversprechen, durch das jemand einem anderen ernsthaft ein unentgeltliches Handeln, Dulden oder Unterlassen zusagt, ist demnach, wenn das Versprechen sich innerhalb der durch den Begriff der guten Sitten oder durch gesetzliche Verbote gebildeten Schranken hält, das Entstehen eines obligatorischen Vertrages anzunehmen.

§ 6. Gefälligkeitsverträge als „Verträge eigener Art".

Der Umstand, daß das Gesetz eine Anzahl von Gefälligkeiten eingehend regelt und sie als schuldrechtliche Verträge behandelt, verleitet Krückmann nun dazu, in jeder Gefälligkeit einen schuldrechtlichen Vertrag zu sehen, und zwar, da nach seiner Ansicht eine andere Auffassung gegen die offenbare wissenschaftliche Ökonomie verstoße, stets einen der Gefälligkeitsverträge des BGB [157]).

Nach seiner Ansicht können Gefälligkeiten nur in folgender Weise erwiesen werden: „Durch Zuwendung von Vermögenswerten, insbesondere dauernde Überlassung einer Sache zu Eigentum; ferner durch vorübergehende Überlassung einer Sache, drittens durch Dienste. Zu ihnen gehört auch die Verwahrung; sie wird aber besser entsprechend dem BGB selbständig aufgeführt. Eine fünfte (bzw. vierte) Kategorie ist nicht denkbar. Den genannten Kategorien entsprechen vier im BGB vorgesehene altbekannte Verträge: Schenkung, Leihe, Auftrag, Verwahrung."

Hieraus folgert Krückmann dann, daß alle Möglichkeiten der Gefälligkeitsverträge im BGB ausdrücklich geregelt seien, und daß kein Bedürfnis nach neuen Kategorien bestehe. „Es ist schlechterdings keine einzige Möglichkeit eines Gefälligkeitsvertrages übersehen, sondern alles ist im BGB vorgesehen und auch ganz angemessen angeordnet, es fehlt nur noch vielfach an der angemessenen Behandlung in Theorie und Praxis, am Gesetzbuch liegt es nicht [158])." Abwandlungen im Einzelfalle zwingen nach seiner Ansicht nicht, entgegen der offensichtlichen wissenschaftlichen Ökonomie neue Vertragskategorien einzuführen, denn hier sei mit dem Begriff der „gemischten Verträge" vollständig auszukommen. „Hier, wo alles Auslegungsfrage ist, und die §§ 157, 242 BGB uns den weitesten Spielraum geben, sind wir nicht in Verlegenheit [159])." „Wer die Mischverträge anerkennt, kommt schlechterdings nie in Verlegenheit [160])." „Die Tatsache, daß alle nur denkbaren Gefälligkeitsformen im BGB geregelt worden sind, gibt uns das

---

[157]) SeuffBlätt. Bd. 74, S. 113 ff.

[158]) JW 1932, 3688.

[159]) SeuffBlätt. Bd. 74, 114.

[160]) SeuffBlätt. Bd. 74, 116.

Recht, uns ihrer zu bedienen, so oft und so lange ernsthafte Interessen auf dem Spiele stehen[161]).“

Man kann dem von Krückmann gegen Rechtslehre und Rechtsprechung erhobenen Vorwurf hinsichtlich der Behandlung der Gefälligkeiten des täglichen Lebens eine gewisse Berechtigung nicht absprechen. Denn beide sträuben sich nur zu häufig ohne zwingende Begründung gegen die Anwendung der im Bürgerlichen Gesetzbuche für Gefälligkeiten bestimmter Art vorgesehenen Vorschriften. Andererseits kann aber auch die starre Ansicht Krückmanns, der alle Gefälligkeiten unter die Typen des BGB bringen will und Gefälligkeitsverträge als „Verträge eigener Art“ völlig ablehnt, nicht richtig sein.

Im Schuldrecht herrscht das Prinzip der Vertragsfreiheit; d. h., die Vertragsschließenden können Schuldverhältnisse nicht nur im Rahmen der im Gesetzbuch ausdrücklich geregelten Vertragstypen begründen, sondern sie können Schuldverhältnisse jeden Inhalts vereinbaren, soweit diese nicht gegen gesetzliche Verbote oder gegen die guten Sitten verstoßen[162]). Da der Gesetzgeber nämlich unmöglich alle Tatbestände des täglichen Lebens eingehend regeln konnte, so hat er sich damit begnügt, die am häufigsten vorkommenden Verträge herauszugreifen und für ihre wichtigsten Eigentümlichkeiten Richtlinien zu geben[163]). So ist es auch bei den im Gesetze behandelten Gefälligkeitsverträgen. Auch hier zeigt ein Blick in das Leben, daß man seinem lieben Nächsten auf derartig viele Weise gefällig sein kann, daß das Wort von dem „Procrustesbett des Gesetzestextes“[164]) seine Berechtigung haben würde, wollte man alle Gefälligkeiten in die wenigen Typen des BGB pressen. „Die Vielgestaltigkeit der Zwecke bringt es auch hier mit sich, daß die starren, im Gesetz geregelten Typen und die dort aufgestellten Grundlinien nicht ausreichen, um den durch das Bedürfnis des Lebens bedingten Eigenarten der Verträge gerecht zu werden[165]).“

Auch die Anerkennung des Begriffs der „Gemischten Verträge“ gibt uns kein Allheilmittel für Subsumtionsschwierigkeiten. Gegen die Ansicht Krückmanns, der zur Erklärung der Rechtsnatur der Gefälligkeitsverträge neben den im Gesetz geregelten Gefälligkeitsverträgen mit dem Begriff der „Gemischten Verträge“ auszukommen glaubt, wendet sich in überzeugender Weise Höniger[166]). Er führt an Hand von Beispielen Krückmanns den Nachweis, daß Krückmanns gemischte Verträge gar keine gemischten Verträge sind, sondern entweder einfache Verträge oder aber Mischformen, „die den gesetzlichen Tatbeständen zwar gewisse Momente entnehmen, die aber doch niemals ganz gesetzlichen Tatbestandsstücken entsprechen.“ Während

---

[161]) SeuffBlätt. Bd. 74, 156.

[162]) Enneccerus-Lehmann, § 27, 2.

[163]) v. Meerscheidt-Hüllessem, DJZ 1910, 854.

[164]) Schöller in GruchBeitr. Bd. 46, 26 ff.

[165]) v. Meerscheidt-Hüllessem, DJZ 1910, 854.

[166]) Siehe Höniger, a. a. O., S. 332 ff.

nach der richtigen Meinung Hönigers die sogenannten gemischten Verträge „eine neue Kombination von Tatbeständen sind, die sich zweifelsfrei unter genau im Gesetz, wenn auch in anderer Verknüpfung normierte Tatbestände normieren lassen", stellt das, was Krückmann „Gemischte Verträge" nennt, in Wirklichkeit „Zwischenformen zwischen gesetzlichen Tatbestandsstücken" dar. Krückmanns Beispiele bringen nicht (was für den Begriff des gemischten Vertrages wesentlich ist), mehrere Tatbestände des Gesetzes in einer im Gesetze selbst nicht behandelten Kombination, sondern sie sind Mischungen einzelner Elemente gesetzlicher Tatbestände, die sich jedoch nicht mit ganzen gesetzlichen Tatbestandsformen decken. Derartige Zwischenformen zwischen gesetzlichen Tatbestandsstücken haben aber mit „gemischten Verträgen" nichts zu tun.

Das Wissen um die Vertragsfreiheit, die es den Parteien gestattet, innerhalb der durch die Bestimmungen der §§ 134, 138 BGB gezogenen Schranken neue Vertragsformen zu schaffen und die Erkenntnis, daß neben den im Gesetz geregelten Vertragstypen allein durch Verwendung des Begriffs der gemischten Verträge nicht auszukommen ist, führt auf dem Gebiete der Gefälligkeitsverträge zu dem Schluß, daß der Begriff des „Vertrages eigener Art" hier nicht zu entbehren ist.

Man darf allerdings nicht in das andere Extrem verfallen und in jedem Gefälligkeitsvertrag einen „Vertrag eigener Art" erblicken wollen, wie das v. Blume und Böckel tun[167]). Es ist auf keinen Fall angängig, die im Gesetze getroffene Regelung für eine Anzahl von Gefälligkeitsverträgen einfach zugunsten eines „Gefälligkeitsvertrages eigener Art" zu übergehen. Vielmehr erscheint es angebracht, bei jeder Gefälligkeit zunächst einmal zu prüfen, ob sie sich nicht zwanglos in die vom Gesetzgeber behandelten Typen der Gefälligkeitsverträge einordnen läßt oder doch als echter gemischter Vertrag anzusehen ist. Erst wenn dies beides unmöglich ist, dürfte die Behandlung eines Gefälligkeitsvertrages als „Vertrag eigener Art" am Platze sein.

Das Bestehen von Verträgen eigener Art ist aber bei den Gefälligkeiten des täglichen Lebens unbedingt zu bejahen. Denn wie will man beispielsweise den unentgeltlichen Pachtvertrag behandeln? Der Pachtvertrag ist gemäß § 581 BGB ein gegenseitiger Vertrag, nach dem der Verpächter dem Pächter den Gebrauch und den Fruchtgenuß eines Gegenstandes gegen Entgelt zu gewähren hat. Nun ist es doch ohne weiteres denkbar, daß jemand einem anderen Gebrauch und Fruchtgenuß eines Gegenstandes völlig unentgeltlich gewährt.

Eine gesetzliche Regelung gibt es für diesen Fall nicht. Und da die Pacht im Gegensatz zur Leihe außer dem Gebrauch auch den Fruchtgenuß gewährt, ist m. E. wegen der verschiedenen Struktur beider Vertragsarten die An-

---

[167]) Vgl. v. Blume, a. a. O., S. 651; Böckel, a. a. O., S. 607.

wendung der Vorschriften über die Leihe auf den unentgeltlichen Pachtvertrag weder direkt noch analog angängig[168]).

Auch kann ebensowenig der Ansicht beigepflichtet werden, es liege im Falle des unentgeltlichen Pachtvertrages ein aus Leihe und Schenkung gemischter Vertrag vor, wie der Auffassung, es seien einzelne Vorschriften der Leihe neben den §§ 582, 583, 587–589, 591–594 BGB anzuwenden[169]). Der letzteren Auffassung steht — wie vorher ausgeführt — die verschiedene Struktur des Begriffs der Leihe und der Pacht entgegen, während die Ansicht, es handele sich bei dem unentgeltlichen Pachtvertrag um einen gemischten Vertrag aus Leihe und Schenkung, sich überzeugend entgegenhalten lassen muß, daß der Pachtvertrag seit jeher als einheitlicher Vertrag behandelt worden ist, obwohl mit einem gemischten Vertrag aus Tatbestandsstücken der Miete und des Kaufs auszukommen gewesen wäre. Es geht nicht an, den Pachtvertrag, wenn er einmal unentgeltlich ist, lediglich wegen des fehlenden Entgelts in mehrere Tatbestandsstücke zu zerreißen[170]). Der unentgeltliche Pachtvertrag stellt vielmehr einen „Vertrag eigener Art" dar[171]).

Ebenso ist es mit denjenigen Verträgen, die eine unentgeltliche Verpflichtung zu irgendeinem Handeln, Dulden oder Unterlassen zum Inhalt haben, und die sich unter eine der im BGB vorgesehenen Typen eines Gefälligkeitsvertrages nicht einordnen lassen. Auch sie sind „Verträge eigener Art", denn wie anders könnte man Verträge behandeln, durch die ich mich beispielsweise unentgeltlich verpflichte, das Klavierspielen zu bestimmten Stunden zu unterlassen, oder wenn ich dulde, daß mein Nachbar die über seinem Balkon angebrachte Markise soweit herabläßt, daß sie in den zu meinem Grundstück gehörenden Luftraum ragt[172]).

Zu den Gefälligkeitsverträgen, die sich nicht in ein gesetzliches Schema einordnen lassen, sondern die „Verträge eigener Art" sind, gehören auch jene unentgeltlichen Dienst- oder Werkverträge, die keine Geschäftsbesorgung zum Gegenstande haben. Eine gesetzliche Regelung gibt es für sie nicht. Aus dem Wortlaut des § 675 BGB, der ausdrücklich hervorhebt, daß die Vorschriften über den Auftrag auch auf solche Dienst- oder Werkverträge, die eine Geschäftsbesorgung zum Gegenstande haben, Anwendung finden sollen, ergibt sich m. E. einwandfrei, daß die Ansicht derer[173]) unrichtig ist, die glauben, auf unentgeltliche Dienst- oder Werkverträge, die keine Geschäftsbesorgung zum Gegenstand haben, seien die Bestimmungen über den Auftrag, wenn schon nicht direkt, so doch analog, zur Anwendung zu bringen.

---

168) Vgl. auch Staudinger-Kober, 10. Aufl., § 598, Anm. 5; Palandt-Pinzger, § 598, Anm. 3.

169) Vgl. Sugg., a. a. O., S. 24.

170) Rathey, a. a. O., S. 19.

171) Vgl. auch Jung, a. a. O., S. 57.

172) Vgl. Danz, Auslegung, S. 146 ff.

173) Siehe RGRKomm., Vorbem. 2 vor § 662; Staudinger-Kober, 9. Aufl., § 662, Anm. 4, e; Oertmann, Vorbem. 2 a vor § 662; Crome, § 253, II.

Andererseits ist aber auch die Anwendung der für den Dienst- und den Werkvertrag bestehenden Vorschriften auf derartige Verträge wegen der sich aus der Unentgeltlichkeit der Gefälligkeitsleistung ergebenden starken Verschiedenheit von dem im BGB geregelten entgeltlichen Dienst- und Werkvertrage ausgeschlossen.

Um festzustellen, welchen Grundsätzen die Gefälligkeitsverträge eigener Art — zu denen auch, wie ausgeführt[174]), die Gefälligkeitsfahrt gehört — unterliegen, gilt es, die Grundsätze aufzuzeigen, die der Gesetzgeber im Bürgerlichen Gesetzbuch bei den dort geregelten Gefälligkeitsverträgen, als dem Wesen der Gefälligkeitsverträge entsprechend, entwickelt hat, und die daher auf sämtliche Gefälligkeitsverträge anzuwenden sind.

§ 7. Die Leistungspflicht und das Kündigungsrecht des Gefälligen.

Wenn man bei Gefälligkeitsversprechen und Gefälligkeitsgestattungen das Bestehen eines obligatorischen Vertrages grundsätzlich bejaht, so muß man folgerichtig dem Gefälligkeitsgläubiger auch das Recht zuerkennen, kraft des Schuldverhältnisses die betreffende Leistung von dem Gefälligkeitsschuldner zu fordern. (§ 241 BGB.) Andererseits kann nicht bestritten werden, daß die Möglichkeit, zugesagte Gefälligkeiten im Wege der Klage und Zwangsvollstreckung zu erzwingen, häufig zu unbilligen Ergebnissen führen würde. Das hat auch der Gesetzgeber nicht verkannt. Er hat daher bei den im BGB geregelten Gefälligkeitsverträgen im Interesse des Gefälligen besondere Bestimmungen getroffen, die dem Wesen eines unentgeltlichen Vertrages entsprechen und deshalb in verschiedenen Punkten nicht unerheblich von der Regelung der entgeltlichen Verträge abweichen.

So ist einem Schenkungsversprechen, das nicht in besonders feierlicher Form abgegeben wird (gerichtliche oder notarielle Beurkundung des Versprechens), überhaupt die rechtliche Wirkung versagt. (§ 518 BGB.) Und selbst wenn die für die Gültigkeit des Schenkungsversprechens notwendige Form gewahrt ist, kann der Schenker die Erfüllung des Versprechens verweigern, soweit er bei Berücksichtigung seiner sonstigen Verpflichtungen außerstande ist, das Versprechen zu erfüllen, ohne daß sein standesgemäßer Unterhalt oder die Erfüllung der ihm kraft Gesetzes obliegenden Unterhaltspflichten gefährdet wird (§ 519, I BGB).

Die Beachtung besonderer Formvorschriften ist allerdings für die Gültigkeit der übrigen im Gesetz geregelten Gefälligkeitsverträge nicht erforderlich. Der Gesetzgeber hat aber jene Verträge mit einem weitgehenden Kündigungsrecht zugunsten des Gefälligen ausgestattet und hat ihm auf diese Weise die Möglichkeit gegeben, sich unter bestimmten Voraussetzungen

[174]) Siehe S. 44 ff. dieser Arbeit.

durch eine einseitige, empfangsbedürftige Willenserklärung (Kündigung oder Widerruf) vom Vertrage zu lösen.

Der Verleiher kann die verliehene Sache jederzeit zurückfordern, wenn für die Dauer der Leihe nicht ein bestimmter Zeitraum vereinbart ist und sich auch aus dem Zwecke der Leihe ein solcher nicht entnehmen läßt. (§ 604, III.) Selbst wenn aber eine bestimmte Zeit für die Leihe vereinbart ist, kann der Verleiher den Leihvertrag dann jederzeit mit sofortiger Wirkung kündigen, wenn er selbst infolge eines nicht vorhergesehenen Umstandes der verliehenen Sache bedarf, oder wenn der Entleiher einen vertragswidrigen Gebrauch von der Sache macht. (§ 605 BGB.)

Der Auftragsvertrag kann von dem Beauftragten grundsätzlich jederzeit mit sofortiger Wirkung gekündigt werden. Der Beauftragte macht sich allerdings schadensersatzpflichtig, wenn er entweder zur Unzeit, oder obwohl er auf das Kündigungsrecht verzichtet hat, kündigt. Bei Vorliegen eines wichtigen Grundes kann er aber auch zur Unzeit und trotz Verzichtes auf das Kündigungsrecht wirksam kündigen, ohne daß er für einen etwaigen Schaden einstehen müßte. (§ 671 BGB.) — Bei unentgeltlichen Dienst- oder Werkverträgen, die eine Geschäftsbesorgung zum Gegenstande haben, ist die Frage des Kündigungsrechts gemäß §§ 675, 671 BGB in gleicher Weise wie beim Auftragsvertrage geregelt.

Wenn eine Zeit für die Aufbewahrung nicht bestimmt ist, so kann der Verwahrer jederzeit die Rücknahme der hinterlegten Sache verlangen; ist eine bestimmte Dauer für die Verwahrung vereinbart, so kann er bei Vorliegen eines wichtigen Grundes die vorzeitige Rücknahme fordern. (§ 696 BGB.)

Beim unentgeltlichen Darlehen sind allerdings bestimmte, je nach der Höhe des zurückzuzahlenden Geldbetrages verschiedene Kündigungsfristen vorgesehen (§ 609 BGB). Diese Ausnahme findet ihre Begründung in der Rücksichtnahme auf die Interessen des Darlehnsnehmers, der vielleicht erst investiertes Kapital flüssig machen oder sich anderweitig Kapital beschaffen muß. — Ist das Darlehn noch nicht gegeben, so kann der Gefällige im Zweifel sein Versprechen widerrufen, wenn in den Vermögensverhältnissen des anderen Teiles nach Abschluß des Vertrages eine wesentliche Verschlechterung eintritt, durch die der Anspruch auf die Rückerstattung gefährdet wird. (§ 610 BGB.)

Bei den im Gesetz geregelten Gefälligkeitsverträgen kann der Gefällige also grundsätzlich durch Abgabe einer einseitigen Erklärung gegenüber dem anderen Teil jederzeit vom Vertrage loskommen, wenn ihm die Erfüllung des Vertrages nicht mehr zuzumuten ist; ja, in den Fällen, wo keine bestimmte Dauer der Leistung vereinbart ist, und sich auch aus dem Zwecke der Leistung keine bestimmte Dauer ergibt, kann er sogar ohne wichtigen Grund der Vertrag jederzeit mit sofortiger Wirkung kündigen, wenn er nur überhaupt ein begründetes Interesse an der Kündigung hat. Nur eine lediglich aus Schikane erfolgte Kündigung ist gemäß § 226 BGB unwirksam.

Der hierin zum Ausdruck kommende allgemeine Grundsatz ist der, daß der Gefälligkeitsschuldner, welcher völlig unentgeltlich eine Leistung auf sich nimmt, nicht zu einem Opfer gezwungen werden soll, das in keinem Verhältnis zu dem Vorteile des Gefälligkeitsgläubigers steht[175]); ein Gedanke, der dem Wesen des Gefälligkeitsvertrages und dem Grundsatz von Treu und Glauben, dem Rechtsempfinden des billig und gerecht denkenden Volksgenossen, durchaus entspricht.

Man wird daher unbedenklich auch bei Gefälligkeitsverträgen eigener Art dem Gefälligen grundsätzlich das Recht zuerkennen müssen, den Gefälligkeitsvertrag jederzeit mit sofortiger Wirkung kündigen zu dürfen, soweit sich die Kündigung nicht als ein Akt reiner Willkür darstellt. Gegen einen solchen Willkürakt ist aber der Gefälligkeitsgläubiger durch die Bestimmung des § 226 BGB ausreichend geschützt; denn wenn die Kündigung des Vertrages für den Gefälligkeitsschuldner ohne jedes schutzwürdige Interesse ist, so ergibt sich aus den Umständen, daß die Ausübung dieses Rechts nur den Zweck haben kann, den Gefälligkeitsgläubiger zu schädigen[176]). Für diesen Fall ist die Kündigung unwirksam.

Deshalb werde ich mich nicht ohne jeden Grund weigern dürfen, einem Bekannten, dem ich versprochen habe, ihm zur Vorbereitung auf das Examen ein Lehrbuch zu leihen, nun auch das Buch zu geben. Und der Fahrer, der einen Bekannten zu einer Spazierfahrt eingeladen hat, kann diesen nicht während der Fahrt plötzlich ohne Grund aus dem Wagen weisen. Wohl aber darf er dies tun, wenn sein Fahrgast anfängt, sich ungebührlich zu betragen, oder wenn der Fahrer auch nur glaubt, annehmen zu müssen, die Belastung des Wagens übersteige angesichts des steilen Weges die Zugkraft seines Pferdes. Und ebenso ist in dem vorgenannten Falle die in meiner Weigerung, dem betreffenden Bekannten das Lehrbuch auszuhändigen, liegende Kündigung des Leihvertrages dann nicht unwirksam, wenn ich das Buch selbst gebrauchen muß, oder wenn ich höre, daß jener mit geliehenen Sachen nicht sorgsam umzugehen pflegt.

Stellt sich eine Kündigung zwar nicht gerade als reine Willkürhandlung dar, erfolgt sie jedoch zur Unzeit ohne Vorliegen eines wichtigen Grundes, so ist sie zwar wirksam; man wird aber den Gefälligkeitsgläubiger nicht schlechter stellen dürfen, als wenn überhaupt kein Gefälligkeitsvertrag bestanden hätte und ihm für diesen Fall einen Anspruch auf Schadenersatz zubilligen müssen.

Durch diese Regelung dürften die Interessen des Gefälligkeitsgläubigers ohne unbillige Belastung des Gefälligen hinreichend gewahrt sein.

Unrichtig wäre es m. E., bei Gefälligkeitsverträgen eine Verpflichtung zur Leistung abzulehnen und nur bei freiwilliger Erfüllung des Vertrages eine Einstandspflicht des Gefälligen anzunehmen. Gewiß ist für den Begriff

---

[175]) Krückmann, SeuffBlätt. 74, 120.

[176]) Vgl. Enneccerus, Allg. T., § 220, II, 2; Enneccerus-Nipperdey, § 220, II, 2.

der Obligation das Vorhandensein einer zeitlich wahrnehmbaren Leistungspflicht nicht wesentlich[177]). Denn der begrifflich notwendige Inhalt einer Obligation erschöpft sich darin, daß der Schuldner an die Herbeiführung eines bestimmten wirtschaftlichen Erfolges gebunden ist. Fällt jener wirtschaftliche Erfolg mit dem Vertragsschluß in einen Akt zusammen, wie es bei Gefälligkeitsverträgen häufig der Fall sein wird, so geht allerdings der Inhalt der Obligation in der Einstandspflicht auf; denn hier hat der Schuldner bereits seiner Leistungspflicht genügt[178]). — In den Fällen jedoch, wo der von den Parteien erstrebte wirtschaftliche Erfolg als ein dem Vertragsschluß zeitlich nachfolgender gedacht ist, erstreckt sich die Pflicht des Schuldners auch darauf, ihn herbeizuführen[179]).

Zu welchen unbilligen Ergebnissen im übrigen die Ablehnung der Leistungspflicht bei Gefälligkeitsverträgen führen würde, mag an folgendem Beispiel erläutert werden: Ein junger talentierter Schauspieler, der in Süddeutschland wohnt, wird von einer großen Berliner Bühne aufgefordert, sich bei ihr während der Theaterferien vorzustellen, um nach einer Sprechprobe evtl. engagiert zu werden. Da ihm die Mittel fehlen, um die Reisekosten zu bestreiten, und da er weiß, daß ihm wegen seiner bekannt schlechten finanziellen Lage und der Ungewißheit einer Besserung derselben niemand das Geld für die Fahrt nach Berlin leihen wird, bittet er einen Bekannten, der mehrere Kraftwagen besitzt, mit denen er an bestimmten Tagen jeder Woche aus geschäftlichen Gründen Wertgegenstände nach Berlin bringen läßt, ihm doch während der Theaterferien einmal die Mitfahrt nach Berlin zu gestatten. Der betreffende Kaufmann sagt auch zunächst bereitwillig zu. Nach einigen Tagen aber erklärt er dem Schauspieler, er nehme seine Zusage wieder zurück; denn er glaube nicht, daß der Schauspieler für ein Engagement in Berlin schon genügend vorgebildet sei. — Wäre es nicht höchst unbillig, hier grundsätzlich die Möglichkeit einer Leistungsklage und der Zwangsvollstreckung nach § 887 ZPO abzulehnen?

Das weitgehende Kündigungsrecht des Gefälligen hat praktisch schon die Wirkung, daß dem Gefälligkeitsgläubiger in den meisten Fällen die Mög-

---

177) Vgl. Boehmer, Realverträge, ArchbürgR. Bd. 38, 328.

178) Das ist m. E. auch der Grund, warum in den Fällen der Verwaltung fremden Vermögens (§§ 1374, 1627, 1793, 1985, 2205 BGB) nicht auf Vornahme bestimmter Verwaltungshandlungen geklagt werden kann. Auch hier besteht m. E. eine Verpflichtung zur Leistung. Der Verwalter fremden Vermögens kommt aber seiner Leistungspflicht in jedem Falle von dem Augenblick an nach, in dem das Gesetz ihm die Verwaltung des Vermögens zur Pflicht macht. Denn Vermögensverwaltung ist nicht nur die Vornahme positiver Handlungen; sie kann auch in der Nichtvornahme von Handlungen bestehen. „Verwaltet" wird in jedem dieser Fälle. — Ob die gewählte Art der Vermögensverwaltung im konkreten Falle die richtige und ordnungsmäßige war, (wofür der Verwalter des Vermögens einzustehen hat), ist eine andere Frage, die erst nach Vornahme der Vermögensmaßnahme beantwortet werden kann.

179) Vgl. Boehmer, Realverträge, ArchbürgR. Bd. 38, 328.

lichkeit genommen ist, eine ihm zugesagte Gefälligkeit im Wege der Klage und Zwangsvollstreckung zu erzwingen. Denn in der Weigerung des Gefälligkeitsschuldners, die Leistung zu bewirken, ist stets eine Kündigung des Vertrages zu erblicken. Und nicht sehr oft wird eine Kündigung wegen Verstoßes gegen die Vorschrift des § 226 BGB unwirksam sein. Das darf jedoch nicht zu der Annahme verleiten, bei Gefälligkeitsverträgen liege überhaupt keine Verpflichtung zur Leistung vor. Vielmehr weist gerade das Kündigungsrecht des Gefälligen auf seine grundsätzliche Leistungspflicht hin, und damit weiter auf die Natur des Gefälligkeitsvertrages als eines Schuldvertrages [180]).

§ 8. Die Haftung des Gefälligen aus dem Vertragsverhältnis.

Aus der Natur des „Gefälligkeitsvertrages eigener Art" als schuldrechtlichem Vertrag folgt, daß der Gefälligkeitsschuldner dem Gefälligkeitsgläubiger bei Eintritt eines Schadens, der jenem bei der Gefälligkeitsleistung oder durch sie entsteht, nicht nur auf Grund der Vorschriften über die unerlaubten Handlungen (§§ 823 ff.) auf Schadensersatz haftet, wenn dem Gefälligen bezüglich der Entstehung des Schadens ein adäquat ursächliches Verschulden zur Last fällt, sondern daß er in solchem Falle dem Gefälligkeitsgläubiger insbesondere auch aus Vertrag für den Schaden einzustehen hat. Das ist von besonderer Bedeutung, wenn der Schaden durch einen Angestellten verursacht worden ist; denn bei Bestehen eines Vertrages haftet der Gefällige dem Verletzten für Verschulden eines Erfüllungsgehilfen gemäß § 278 BGB schlechthin wie für eigenes Verschulden, während er sich, wenn als Haftungsgrundlage lediglich die Bestimmungen der §§ 823 ff. BGB gegeben sind, gemäß der Vorschrift des § 831, I, 2 BGB von der Haftung für seinen Angestellten gänzlich freistellen kann, wenn er den Nachweis führt, daß er bei der Auswahl des zu dieser Verrichtung bestellten Angestellten die im Verkehr erforderliche Sorgfalt beobachtet hat (sogenannter Entlastungs- oder Exkulpationsbeweis).

Als allgemeinen Haftungsmaßstab hat das BGB grundsätzlich („sofern nicht ein anderes bestimmt ist") in § 276 BGB die Haftung des Schuldners für Vorsatz und jeden Grad von Fahrlässigkeit festgelegt. Es trifft jedoch mehrfach aus Billigkeitsgründen bei bestimmten gesetzlichen Tatbeständen eine von diesem Grundsatz abweichende Regelung; sei es nun im Sinne einer Haftungsverschärfung, wie beispielsweise beim Gastwirt (§ 701 BGB) oder bei der Eisenbahn als Frachtführer (§ 456 HGB), oder sei es in anderen Fällen im Sinne einer Haftungsmilderung. Fälle milderer Haftung finden sich gerade bei den im Gesetze geregelten Gefälligkeitsverträgen.

---

[180]) Geigel, SeuffBlätt. Bd. 77, 43; Staudinger-Kober, 9. Aufl., II, 2, Einl. 2 f zum VII. Abschnitt (S. 3, 4); vgl. zur Frage des Kündigungsrechtes auch Böckel, a. a. O.

So haftet der Verwahrer bei unentgeltlicher Verwahrung nur für Anwendung der „Sorgfalt, die er in eigenen Angelegenheiten anzuwenden pflegt" (§ 690 BGB); allerdings mit der Einschränkung, daß er damit nicht von der Haftung für grobe Fahrlässigkeit befreit ist (§ 277 BGB). — Und der Schenker und der Verleiher haben sogar stets nur Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit zu vertreten (§§ 521, 599 BGB).

Das Gesetz enthält nun allerdings keine Bestimmung, durch die der Begriff der groben Fahrlässigkeit näher erläutert wird. Es definiert nur den Begriff der Fahrlässigkeit allgemein als die Außerachtlassung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt (§ 276 BGB). Als grob-fahrlässiges Handeln wird man danach nur ein solches Außerachtlassen der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt bezeichnen können, das sich nach den Umständen des Einzelfalles als besonders schwerer Verstoß gegen die Anforderungen darstellt, die im Verkehr an die Kreise gestellt werden, denen der Handelnde angehört. Die Entscheidung darüber, ob ein solcher besonders schwerer Verstoß vorliegt oder nicht, wird also je nach Lage des Falles verschieden sein und muß daher in jedem einzelnen Falle dem freien, pflichtgemäßen Ermessen des Richters überlassen bleiben[181]).

Wenn das Gesetz im Gegensatz zu den entgeltlichen Verträgen, bei denen mangels besonderer Bestimmung der Haftungsmaßstab des § 276 BGB (Haftung für Vorsatz und jeden Grad von Fahrlässigkeit) zur Anwendung kommt, bei den vorgenannten Gefälligkeitsverträgen an den Schuldner hinsichtlich des Haftungsmaßstabes geringere Anforderungen stellt, so läßt sich dieser gewiß auffallende und nicht unerhebliche Unterschied des Haftungsmaßstabes bei den entgeltlichen und bei diesen unentgeltlichen Verträgen schlechterdings nur mit dem Fehlen jeglichen Entgeltes bei den Gefälligkeitsverträgen erklären; derjenige, der für seine Leistung bezahlt wird, soll eben strenger haften als derjenige, der eine Leistung unentgeltlich aus Gefälligkeit auf sich nimmt. Daß dem Gesetz diese Tendenz bewußt innewohnt, ergibt sich zwingend aus der beim Verwahrungsvertrag getroffenen gesetzlichen Regelung[182]). Denn während der Verwahrer beim entgeltlichen Verwahrungsvertrag wegen des Fehlens einer von dem allgemeinen Haftungsmaßstabe abweichenden Vorschrift gemäß § 276 BGB für Vorsatz und Fahrlässigkeit jeden Grades einstehen muß, haftet er bei unentgeltlicher Verwahrung gemäß § 690 BGB nur für Anwendung derjenigen Sorgfalt, die er in eigenen Angelegenheiten anzuwenden pflegt.

Im Gegensatz zu der milderen Haftung des Schenkers, des Verleihers und des unentgeltlichen Verwahrers hat das Gesetz allerdings dem Beauftragten, obwohl dieser für seine Leistung ebenfalls kein Entgelt erhält, die volle Haftung für jede Fahrlässigkeit auferlegt. — Es kann an dieser Stelle unerörtert bleiben, ob eine derartig strenge Haftung für diesen Fall einer

[181]) Vgl. Enneccerus, Allg. T., § 197 II; Enneccerus-Nipperdey, Allg. T., § 197, II; Staudinger-Werner, 9. Aufl., II, 1, Bem. II, 2 zu § 276.

[182]) Vgl. hierzu Mot. II, 571.

Gefälligkeit angemessen ist oder nicht[183]). Denn jedenfalls ist der Auftragsvertrag im 10. Titel des BGB abschließend geregelt. Und da nun für diesen Fall eines Gefälligkeitsvertrages vom Gesetze eine besondere Haftungsbestimmung nicht vorgeschrieben ist, so muß man — ob man es nun für billig hält oder nicht — den allgemeinen Haftungsmaßstab des § 276 BGB beim Auftrag zur Anwendung bringen. Der Versuch, auf die Haftung des Beauftragten im Einzelfall durch Unterstellung einer entsprechenden Willenseinigung der Parteien die mildere Haftungsbestimmung des § 680 BGB[184]) oder die der Schenkung oder der Leihe analog anwenden zu wollen[185]), verstößt gegen das Gesetz und ist daher abzulehnen.

Die scharfe Haftung des Beauftragten trotz der Unentgeltlichkeit seines Handelns ist jedoch als Ausnahme zu bewerten gegenüber dem aus der Regelung der Haftung bei den anderen im Gesetz geregelten Gefälligkeitsverträgen klar ersichtlichen Grundsatz, den Gefälligen wegen des Fehlens eines Entgelts für seine Leistung milder haften zu lassen als den Schuldner bei einem entgeltlichen Vertrage. „In aller Regel und wo eben nicht besondere Gründe eine Ausnahme rechtfertigen, bleibt daher der Satz gültig, daß derjenige, der unentgeltlich etwas zu verschaffen versprochen hat — Sache, Sachnutzung oder Arbeit — milder wie der gegen Entgelt Leistende haftet[186])."

Für den „Gefälligkeitsvertrag eigener Art" ist somit unbedenklich anzunehmen, daß ihm, entsprechend dem oben entwickelten Grundsatz, ebenfalls eine gegenüber den entgeltlichen Verträgen mildere Haftung des Gefälligkeitsschuldners eigentümlich ist. Man wird nur noch darüber im Zweifel sein können, ob hier als Haftungsmaßstab für den Gefälligen die Haftung für diligentia quam in suis oder die Haftung für Vorsatz und nur grobe Fahrlässigkeit mehr angemessen ist[187]).

Der Gedanke, den Gefälligkeitsschuldner bei Gefälligkeitsverträgen eigener Art für die „Sorgfalt in eigenen Angelegenheiten" haften zu lassen, ist gewiß nicht ohne weiteres von der Hand zu weisen, zumal der Gefällige für grobfahrlässiges Handeln ja auch dann einstehen muß (§ 277 BGB). Auch wird man grundsätzlich von niemandem, der sich zu einer Gefälligkeitsleistung

[183]) Die Frage, ob die Haftung für jedes Verschulden beim Auftragsvertrage unbillig hart sei, ist in § 3 (4) dieser Arbeit behandelt worden.

[184]) RGRKomm. § 662 Anm. 3.

[185]) Böckel, a. a. O., S. 611.

[186]) Jung, a. a. O., S. 63.

[187]) A. A. Gülde, JW 1936, 1584; wer in seinem Kraftwagen aus Gefälligkeit einen Fahrgast mitnehme, habe die normale, uneingeschränkte Sorgfaltspflicht; Gefälligkeit sei kein Freibrief für Sorglosigkeit und Nachlässigkeit. Im Gegenteil; für den Gast sorge man besonders gut. — Diese moralisch anerkennenswerte Ansicht Güldes ist jedoch abzulehnen, da sie im Gegensatz zu dem oben entwickelten, durchaus zu billigenden und nicht zu verkennenden Grundsatz des Gesetzes steht, den Gefälligen in Fällen unentgeltlicher und ohne eigenes Interesse übernommener Verbindlichkeiten milder haften zu lassen (vgl. RG 65, 20).

unentgeltlich und ohne eigenes Interesse verpflichtet hat, bei der Erfüllung seiner Verpflichtung die Anwendung größerer Sorgfalt verlangen können, als dieser in seinen eigenen Angelegenheiten anzuwenden pflegt. Und endlich darf nicht außer acht gelassen werden, daß auch das Gesetz selbst in einigen Fällen diesen Haftungsmaßstab vorschreibt (§§ 690, 708, 1359, 1664, 2131 BGB); dieser Haftungsmaßstab ist dem Gesetz also nicht fremd. Aber gerade der Umstand, daß das Gesetz die Haftung für diligentia quam in suis auf wenige, bestimmt bezeichnete Fälle beschränkt, läßt die Anwendung dieses Haftungsmaßstabes auf den „Gefälligkeitsvertrag eigener Art" als unzulässig, zumindest als nicht unbedenklich erscheinen. Weiter aber würde auch die Haftung des Gefälligen für „Sorgfalt in eigenen Angelegenheiten" im Prozeß zu dem unbilligen Ergebnis führen, „daß die Sorgfalt des gefälligen Menschen in seinen eigenen Angelegenheiten noch zum Gegenstand des Streites gemacht wird, daß er womöglich gezwungen wird, den Gegenbeweis dafür anzutreten, daß er in eigenen Angelegenheiten weniger sorgfältig ist als der Gegner behauptet und an sich anzunehmen ist[188]." Dabei ist noch zu berücksichtigen, daß dieser Gegenbeweis von dem Gefälligen im Einzelfalle gar nicht einmal leicht zu führen sein wird.

Ausschlaggebend bei der Prüfung, welcher Haftungsmaßstab beim „Gefälligkeitsvertrag eigener Art" am meisten angemessen ist, ist aber die Erkenntnis, daß dem Wesen des „Gefälligkeitsvertrages eigener Art" die Haftung für Vorsatz und nur grobe Fahrlässigkeit doch letztlich mehr entspricht als die Haftung für diligentia quam in suis. Es läßt sich nicht leugnen, daß die durch den „Gefälligkeitsvertrag eigener Art" freiwillig und unentgeltlich übernommene Leistung ihrem inneren Werte nach einer Schenkung gleichkommt[189]. Bei beiden Vertragsarten wird daher auch der gleiche Haftungsmaßstab zur Anwendung kommen müssen.

Bei „Gefälligkeitsverträgen eigener Art" hat deshalb m. E. der Schuldner ebenfalls, entsprechend der bei der Schenkung vom Gesetz getroffenen Regelung (§ 521 BGB), nur für Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit einzustehen[190]. Ein Ergebnis, das mit der Grundhaltung des Gesetzes übereinstimmt und daher wohl unbedenklich gebilligt werden kann.

§ 9. Die Haftung des Gefälligen aus unerlaubter Handlung.

Von erheblicher Wichtigkeit ist in diesem Zusammenhang die Frage, nach welchen Bestimmungen der Gefälligkeitsschuldner auf Schadenersatz haftet, wenn das von ihm zu vertretende schadenstiftende Ereignis sich nicht nur als eine Vertragsverletzung, sondern auch als eine unerlaubte Handlung gegen-

---

[188]) Böckel, a. a. O., S. 612.

[189]) Siehe Böckel, a. a. O., S. 612.

[190]) Vgl. hierzu Staudinger, 9. Aufl., Bd. II, 2 (Kober) Einl. 2 f zum VII. Abschnitt (S. 3, 4); Staudinger, 10. Aufl., Bd. II, 2 (Ostler) Einl. zum VII. Abschnitt, Bem. 5 g (S. 6); RG. 65, 20.

über dem Gefälligkeitsgläubiger darstellt. An sich ist die Vertragsverletzung keine unerlaubte Handlung im Sinne des 25. Titels des Bürgerlichen Gesetzbuches. Wohl aber wird sehr häufig die vom Schuldner zu vertretende vertragswidrige Handlung gleichzeitig auch eine unerlaubte Handlung im Sinne der §§ 823 ff. BGB sein.

In solchem Falle erhebt sich zwangsläufig die Frage, ob der Gefällige hier nun nur auf vertraglicher Grundlage oder auch nach Deliktsrecht haften muß; eine Frage, die bei einem von ihm zu vertretenden Unfall, der eine Körperverletzung oder den Tod des Gläubigers zur Folge hat, von ganz außerordentlich praktischer Bedeutung ist. Denn nur wenn die Haftungsbestimmungen der §§ 823 ff. BGB zur Anwendung kommen, kann der Verletzte außer dem Ersatz seines materiellen Schadens gemäß der Vorschrift des § 847 BGB auch noch Schmerzensgeld verlangen. Ferner steht dem Verletzten bei Aufhebung oder Minderung seiner Erwerbsfähigkeit nur in dem durch die Vorschriften der §§ 823, 843 BGB gegebenen Rahmen ein Rentenanspruch gegen denjenigen, der die Körperverletzung zu vertreten hat, zu; und ebenso gibt das Gesetz bei einem tödlichen Unfall den Angehörigen grundsätzlich nur nach Maßgabe der §§ 823, 844/845 BGB einen Rentenanspruch. Bei einer Haftung lediglich auf vertraglicher Grundlage hingegen gewährt das Gesetz den mittelbar Geschädigten nur ausnahmsweise in wenigen, ganz bestimmten Fällen einen Rentenanspruch[191]); und der Schmerzensgeldanspruch des Verletzten entfällt völlig, wenn er seinen Schadensersatzanspruch nicht auf die Bestimmungen über unerlaubte Handlungen stützen kann. (§ 253 BGB.) Für den Verletzten bzw. die mittelbar Geschädigten ist die Haftung des Gegners nach Deliktsrecht demnach in *diesen* Punkten erheblich günstiger, als wenn jener nur aus Vertragsverletzung auf Schadensersatz haftet; „obwohl ein innerer Grund für die Verschiedenheit der Haftung aus Verträgen und aus unerlaubter Handlung vielleicht nicht aufzufinden ist[192])."

Die Anhänger der Theorie der sogenannten „Gesetzeskonkurrenz" vertreten nun trotz des zweifellos unbefriedigenden Ergebnisses dieser Theorie die Ansicht, die Anwendung deliktischer Haftungsbestimmungen sei ausgeschlossen, wenn ein und derselbe Tatbestand zugleich eine Vertragsverletzung und eine unerlaubte Handlung darstelle; denn Vertragsrecht verhalte sich zum Deliktsrechts wie lex specialis zu lex generalis; die Deliktsvorschriften würden also durch die schuldrechtlichen Vorschriften verdrängt[193]). — Diese Theorie führt nicht nur in der Praxis zu unbefriedigenden Ergebnissen, sondern ist auch rechtsdogmatisch verfehlt. Mit dem gleichen Recht könnte man gerade das Umgekehrte behaupten[194]).

---

[191]) § 618 III BGB; §§ 62 III, 76 I HGB.

[192]) RG 65, 21.

[193]) Siehe Kohler, I, 261; Hellwig, a. a. O., S. 98; vgl. auch Litten, DJZ 1905, 341; v. Blume, Recht 1908, 653; 1905/483.

Nach richtiger Ansicht bewirkt der Umstand, daß ein zu vertretendes schädigendes Ereignis nicht nur eine Vertragsverletzung darstellt, sondern zugleich auch den Tatbestand einer unerlaubten Handlnug erfüllt, nicht den Ausschluß der Haftung aus Delikt [195]). Für den Verletzten entstehen Schadensersatzansprüche sowohl auf vertraglicher als auch auf deliktischer Grundlage. Denn die Vertragswidrigkeit einer schädigenden Handlung hängt nicht davon ab, ob ein Vertrag gerade die Fürsorge für einen anderen zum alleinigen oder hauptsächlichen Gegenstande hat, oder ob er in der Hauptsache andere Ziele bezweckt und nur nebenbei und in einzelnen Richtungen eine Sorgfaltspflicht auferlegt. Ebensowenig kann für das Bestehen einer unerlaubten Handlung neben der Vertragsverletzung entscheidend sein, ob die Übernahme der Vertragspflicht für den anderen gerade bestimmend war, sich in die ihn alsdann schädigende Lage zu begeben. Wie dort einfach die Gesamtheit des Vertragsinhaltes maßgebend ist, so ist hier die Allgemeinheit des Verbots ausschlaggebend, daß niemand einen anderen schädigen darf, wie auch immer der andere in den Wirkungs- und Handlungsbereich des Schädigers gekommen sein mag. Diese allgemeine Rechtspflicht, niemandem Schaden zuzufügen, besteht immer und gegenüber jeder Person, gleichviel, ob diese mittels Vertrages oder ohne Vertrag in den Handlungsbereich des Schädigers gekommen ist. Sie kann nicht dadurch beseitigt werden, daß es gerade ein Vertrag war, durch den die Einwirkung auf den Rechtskreis des anderen erst ermöglicht wurde. Auch der Vertragsgegner bleibt immer der durch § 823 BGB Geschützte; er wird es sogar in noch stärkerem Maße, weil der Vertrag den Schädiger hier noch besonders, nämlich eben auch noch vertragsmäßig, zur Fürsorge verpflichtet. Das allgemeine Verbot der §§ 823 ff. BGB wird durch das Bestehen vertraglicher Beziehungen zwischen den Parteien nicht nur nicht aufgehoben, sondern individualisiert und damit gerade verstärkt [196]).

Es können also aus ein und derselben schädigenden Handlung für den Verletzten sowohl Ansprüche nach Vertragsrecht als auch nach Deliktsrecht entstehen, wenn die Widerrechtlichkeit des Handelns nicht n u r auf Verstoß gegen eine Vertragspflicht beruht. Beide Ansprüche stehen dann vollkommen selbständig nebeneinander, und der geschädigte Gläubiger kann nach seiner Wahl den Ersatz seines Schadens auf vertraglicher oder auf deliktischer Grundlage fordern (sogenannte „Anspruchskonkurrenz"). Die Befriedigung eines Anspruches bewirkt nur insoweit das Erlöschen des anderen, als sich beide Ansprüche decken.

Damit ist natürlich nicht gesagt, daß beide Ansprüche überhaupt in keiner Weise aufeinander einwirken. Vielmehr hat eine nach Vertragsrecht be-

---

[194]) Krückmann, JherJ. 52, 430.

[195]) Planck, Vorbem. 5 b zu § 823; Staudinger-Kober, Vorbem. 3 b zu § 823; RGRKomm. § 823, Vorbem. 4; Warneyer, Vorbem. II zu § 823; Enneccerus-Lehmann, § 226, II, 1.

[196]) RG 88, 433; vgl. auch RG 88, 317; 103, 263; LZ 1917, 1069.

stehende mildere Haftung die Wirkung, daß auch nach Deliktsrecht eine entsprechende Haftungsbeschränkung eintritt; ein Ergebnis, das gerade bei den Gefälligkeitsverträgen von großer Wichtigkeit ist. Denn andernfalls ergäbe sich der seltsame und völlig widersinnige Zustand, daß beispielsweise der Verleiher, der nach Vertragsrecht bei einer Schädigung des anderen Teils lediglich Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit zu vertreten hat (§ 599 BGB), im gleichen Falle nach Deliktsrecht für jedes Verschulden haften müßte. Damit wäre jede auf Vertragsrecht beruhende mildere Haftungsvorschrift praktisch wertlos gemacht.

Aus dem Wesen der unerlaubten Handlung ergibt sich aber zwingend, daß gerade die gegenteilige Wirkung eintritt, wenn dieselbe Handlung eine Vertragsverletzung und zugleich eine unerlaubte Handlung ist. Denn eine unerlaubte Handlung liegt nur dann vor, wenn eine Handlung widerrechtlich ist. Ein Eingriff in einen fremden Rechtskreis ist aber nur dann widerrechtlich, wenn nicht eine Befugnis hierzu besteht. Wenn das Gesetz aber eine solche Befugnis ausdrücklich erteilt, wie beispielsweise im Falle der Notwehr und in ähnlichen Fällen[197]), so entfällt damit die Widerrechtlichkeit der den anderen schädigenden Handlung[198]). Das Gleiche muß gelten, wenn das Gesetz bei einer Vertragsverletzung die Haftung des Schädigers nur für Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit vorschreibt[199]). Denn damit erklärt das Gesetz für diesen Fall ein nur leicht fahrlässiges Handeln für erlaubt und somit für nicht rechtswidrig. Rechtswidrig wird die Handlung erst dann, wenn sie den Rahmen des Erlaubten überschreitet.

Der Begriff der Rechtswidrigkeit ist für das Gebiet des Vertragsrechts und des Deliktsrechts der gleiche. „Ist eine Handlung also einmal erlaubt, so ist sie immer erlaubt"[200]); sie verpflichtet dann weder nach Vertragsrecht noch nach Deliktsrecht zum Schadensersatze.

Bei den Gefälligkeitsverträgen des BGB haftet der Gefällige demnach in jedem Falle nur in dem gesetzlich vorgeschriebenen Rahmen, und auch bei einem Gefälligkeitsvertrag eigener Art, bei dem der Gefällige nach der hier vertretenen Ansicht nur für Vorsatz und g r o b e Fahrlässigkeit einstehen muß, beschränkt sich bei Konkurrenz von Ansprüchen aus Vertrag und unerlaubter Handlung die Haftung auf deliktischer Grundlage ebenfalls stets auf Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit.

---

[197]) Siehe §§ 227 bis 230 BGB.

[198]) Für eine von den Parteien vereinbarte Haftungsbeschränkung gilt dasselbe, sofern eine Haftungsmilderung nicht gegen die Vorschrift des § 276 II BGB oder gegen die guten Sitten verstößt.

[199]) Vgl. RG Recht 1910, Nr. 3916.

[200]) Krückmann, JherJ. 52, 442.

Zweiter Abschnitt.

§ 10. Die Gefälligkeitsfahrt und der Ausschluß der Haftung des Gefälligen bei grob-fahrlässigem Handeln in besonderen Fällen.

Nach der hier vertretenen Ansicht sind Gefälligkeitsversprechen und Gefälligkeitsgestattungen grundsätzlich schuldrechtliche Verträge. Der praktisch wichtigste Fall eines „Gefälligkeitsvertrages eigener Art" ist nun die sogenannte Gefälligkeitsfahrt. Bei dieser haftet der Gefällige bei Eintritt eines Schadens wegen der besonderen Natur des Gefälligkeitsvertrages eigener Art — wie ausgeführt — sowohl nach Vertragsrecht als auch nach Deliktsrecht nur für Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit. Da sich diese Haftungsbeschränkung von selbst aus dem Vertrage ergibt, bedarf es nach der hier vertretenen Meinung für den Regelfall einer Gefälligkeitsfahrt keiner Hilfskonstruktion, um zu diesem befriedigenden Ergebnis in der Frage der Haftung zu kommen; ein Ergebnis, das die Gegner der Vertragsnatur der Gefälligkeitsfahrt auf verschiedenste Weise zu erreichen versuchen, soweit sie die Haftung des Gefälligen für leichte Fahrlässigkeit ablehnen[201]).

Der Ausschluß der Haftung des Gefälligen für leichte Fahrlässigkeit erscheint bei einer Gefälligkeitsfahrt im Hinblick auf das Wesen des von den Parteien abgeschlossenen Vertrages auch durchaus billig, zumal keine Bedenken bestehen, den Begriff der leichten Fahrlässigkeit bei einer Gefälligkeitsfahrt sehr eng zu fassen. Denn bei der Gefälligkeitsfahrt sowohl mit einem Pferdefuhrwerk als auch mit einem Kraftwagen wird man wegen der sich in dem einen Falle aus der Unberechenbarkeit des Verhaltens eines Tieres, im anderen Falle wegen der sich allein schon aus der üblicherweise großen Geschwindigkeit eines Kraftwagens ergebenden und dem Gefälligen bekannten allgemeinen Gefährdung seines Mitfahrers, dem Gefälligen grundsätzlich eine starke Sorgfaltspflicht hinsichtlich der Leitung und Wartung auferlegen müssen und nur besonders leichte Verstöße gegen diese Sorgfaltspflicht noch als leichte Fahrlässigkeit auffassen können[202]).

---

[201]) Die Haftung für jedes Verschulden verlangt allerdings Josef, JW 1928, 2313.

[202]) Dem Schutze der Allgemeinheit dienen wegen dieser Gefährdung anderer Personen die §§ 7 KFG und 833 BGB; hinsichtlich des Mitfahrenden im Kraftfahrzeug verweist aber § 8 KFG allgemein auf die Vorschriften des BGB, schließt also die Gefährdungshaftung aus. Bezüglich der Gefährdungshaftung beim Mitfahren im Pferdefuhrwerk vgl. § 11 dieser Arbeit.

Im besonderen Falle aber kann sogar noch die sich aus der Natur des Gefälligkeitsvertrages eigener Art ergebende mildere Haftung eine unbillige Härte gegenüber dem Gefälligen bedeuten. Es muß daher versucht werden, ihn auch in solchen Fällen bei hinreichender Berücksichtigung der Interessen des anderen Teils vor offenbar unbilligen Schadensersatzansprüchen auf gesetzlich mögliche Weise zu schützen.

1. Der stillschweigend abgeschlossene Verzichtsvertrag.

Der nächstliegende Gedanke ist hier der, einen Verzicht des Mitfahrenden auf alle aus Fahrlässikeit des Fahrers entstehenden Schäden anzunehmen. Denn den Parteien ist es nach dem Gesetz gestattet, im Wege freier Vereinbarung zu bestimmen, daß auf ihre Beziehungen ein anderer als der gesetzlich vorgesehene Haftungsmaßstab zur Anwendung gelangen soll, sofern sich diese Vereinbarung im Rahmen der §§ 276 II, 138 BGB hält. Unbedenklich ist ein solcher wirksamer Verzicht des Mitfahrenden auf Schäden, die durch Fahrlässigkeit des Fahrers entstehen, aber nur dort anzunehmen, wo es zu einer ausdrücklichen Vereinbarung der Parteien über den Ausschluß der Haftung gekommen ist. Hieran wird es jedoch in fast allen Fällen fehlen.

Keinesfalls wird man beim Fehlen eines ausdrücklichen Verzichtsvertrages einen stillschweigend geschlossenen Verzichtsvertrag zwischen Fahrer und Mitfahrendem in bezug auf die Verschuldenshaftung des Fahrers annehmen dürfen. Gewiß könnte ein Verzichtsvertrag auch stillschweigend geschlossen werden; dann wäre es aber erforderlich, daß sich nach den Umständen des Falles aus den Handlungen der Parteien im Wege der Auslegung gemäß §§ 133, 157 BGB zwingend der Schluß auf den Abschluß eines derartigen Vertrages ergäbe. An Handlungen, die im Sinne eines Verzichts des Mitfahrenden auf die Haftung für Verschulden des Fahrers auszulegen wären, fehlt es aber fast immer. Die einzigen Handlungen, die der Mitfahrende im Normalfalle vornimmt, sind die Bitte um unentgeltliche Beförderung und das Besteigen des Wagens. Diese Tatsachen allein berechtigen aber niemals zu dem Schluß, daß die Parteien sich auch über den Ausschluß der Verschuldenshaftung des Fahrers bei einer evtl. Verletzung des Mitfahrers geeinigt hätten[203]).

Gerade für die stillschweigende Willenserklärung muß der Satz gelten, daß sie einen bestimmten Zweck mit Gewißheit erkennen lassen muß, wobei es zur Ermittlung des Willens allenfalls genügen kann, daß die leitenden Gesichtspunkte feststehen. Denn man wird, soweit nicht ein anderer Wille geäußert worden ist, annehmen dürfen, „daß die Beteiligten die Einzelheiten so geregelt wissen wollen, wie es der allgemeinen Anschauung bei einem Verkehr zwischen billig denkenden Menschen unter den besonderen Umständen

---

[203]) Für stillschweigende vertragliche Haftungsbeschränkung des Fahrers bei der Gefälligkeitsfahrt: Zimmermann, JW 1928, 1717; dagegen überzeugend: Josef, JW 1928, 2313.

des jeweiligen Falles entspricht"[204]). Das wäre allerdings häufig nicht nur Auslegung einer Willenserklärung, sondern eine Ergänzung des fehlenden Willens. Aber auch eine derartige Willensergänzung soll ja nach der Ansicht des Reichsgerichts unbedenklich zulässig sein.

Auch dann wird man jedoch einen Verzicht des Fahrgastes auf die Verschuldenhaftung des Fahrers aus seinem Handeln nicht herauslesen können. Niemand denkt beim Besteigen eines Gefährts daran, dem Fahrer die Haftung für schuldhaft verursachte Schäden zu erlassen, wenn ihn der Fahrer unentgeltlich in seinem Fahrzeug mitnimmt; und von niemandem ist hier etwa aus Billigkeitsgründen ein Verzicht auf die Haftung für V e r s c h u l d e n des anderen Teils zu erwarten. Allenfalls könnte man bei einer Gefälligkeitsfahrt in dem Besteigen des Fahrzeugs im Wege der Auslegung nach Treu und Glauben einen stillschweigenden Verzicht auf die sich aus der Art der Beförderung von selbst ergebende Gefährdung erblicken[205]). Die Annahme, es sei auch ein stillschweigender Ausschluß der Haftung für Fahrlässigkeitsschäden als vereinbart anzusehen, ist abzulehnen, da es an Umständen fehlt, die eine solche Vereinbarung als von den Parteien gewollt erscheinen lassen. Die Tatsache, daß es sich um eine aus Gefälligkeit erfolgte Leistung handelt, rechtfertigt jedenfalls allein diesen Schluß nicht[206]). Der Fahrgast hofft vielmehr zuversichtlich, der Fahrer werde die verkehrserforderliche Sorgfalt anwenden[207]); ein stillschweigender Verzicht auf die Haftung wird daher, soweit es sich um schuldhaftes Verhalten des Fahrers handelt, grundsätzlich nicht anzunehmen sein[208]). Die Annahme eines stillschweigend geschlossenen Vertrages über den Ausschluß der Verschuldenshaftung, evtl. sogar für grobe Fahrlässigkeit des Fahrers[209]), wäre vielmehr bei der Gefälligkeitsfahrt reine Willkür; für einen derartig weitgehenden Haftungsausschluß bedarf es besonderer, ausdrücklicher Willensäußerungen[210]).

---

[204]) RG 67, 433 ff.; siehe auch RG 87, 213; 92, 320, 421; 129, 88; 136, 185, 271; 137, 128/129; RG JW 1935, 1233.

[205]) Wegen des stillschweigenden Verzichts auf die Gefährdungshaftung sei auf § 11 (3) dieser Arbeit verwiesen.

[206]) Vgl. RG JW 1932, 2025; RG 128/232; Müller, a. a. O., § 8 A, I. b. 6. Der Gedanke des RG., b e i m V o r l i e g e n b e s o n d e r e r U m s t ä n d e evtl. einen stillschweigenden Verzicht auf die Haftung für Verschulden anzunehmen, ist m. E. ebenfalls abzulehnen. Auch beim Vorliegen besonders gefährlicher Umstände einer Fahrt liegt kein Verzicht auf die Verschuldenshaftung vor; derartige Umstände sprechen vielmehr für Mitverschulden oder für „ein Handeln auf eigene Gefahr" des Verletzten.

[207]) Josef, JW 1928, 2313.

[208]) Enneccerus-Lehmann, II, § 246, 6 a.

[209]) Nach der hier vertretenen Auffassung vom Wesen der Gefälligkeitsfahrt als eines Vertrages eigener Art und der sich daraus von selbst ergebenden Haftungsmilderung ist hier überhaupt nur dies von Interesse.

[210]) Vgl. hierzu auch RG JW 1911, 28; 1915, 276; 1926, 2534.

2. „Sie fahren in diesem Wagen auf eigene Gefahr."

Auch das Anbringen eines Schildes im Kraftwagen: „Sie fahren in diesem Wagen auf eigene Gefahr" bewirkt nicht den Ausschluß der Haftung des Kraftfahrers für Fahrlässigkeitsschäden; auch nicht, wenn es im Wagen an gut sichtbarer Stelle angebracht ist; und nicht einmal dann, wenn es der Mitfahrer liest.

Es mag hier dahingestellt bleiben, ob es rechtlich von Bedeutung ist, ob der Mitfahrende das Schild schon vor Antritt der Fahrt oder erst während der Fahrt sieht oder vom Fahrer vor oder nach Antritt der Fahrt mit oder ohne nähere Erläuterung des von ihm damit beabsichtigten Zweckes auf das Schild hingewiesen wird; ob sich der Fahrgast also überhaupt nach Abschluß des Beförderungsvertrages auf eine Abänderung der Haftung einlassen muß[211]). Entscheidend ist m. E. vielmehr die Frage, ob überhaupt das Lesen eines solchen Schildes bei einem vernünftigen Menschen zu dem Schluß führen muß, daß der Fahrer für Fahrlässigkeitsschäden jeder Art nicht haften will. — Diese Frage muß ganz entschieden verneint werden. Denn durch das Lesen des Schildchens wird dem Fahrgast nur noch einmal besonders vor Augen geführt, daß eine Fahrt im Kraftwagen an sich stets eine gewisse Gefährdung bedeutet, und daß der Fahrer für diese sich aus der Sachlage von selbst ergebende Gefährdung des Fahrgastes nach dem Gesetz nicht einstehen muß. (§ 8 KFG.) Einen anderen Sinn als den eines solchen Hinweises wird man nach Treu und Glauben den Worten des Schildes nicht beilegen können[212]). Denn nichts liegt ferner als der Gedanke, der Mitfahrer habe, wenn er ein solches Schild in einem Kraftwagen liest und nicht widerspricht, durch sein Schweigen auch für den Fall, daß der Fahrer bei Regen auf glatter Straße und in schwierigem Gelände mit ihm auf das Tollste davonfahren würde, auf alle Schadensersatzansprüche verzichtet.

Will sich der Fahrer also gegen Ansprüche seines Fahrgastes sichern, so genügt nicht das Anbringen eines Schildchens im Wagen mit dem angegebenen Wortlaut oder ein einfacher Hinweis des Fahrers auf dieses Schild, sondern der Fahrer muß seinem Gast ausdrücklich erklären, daß er mit dem Anbringen des Schildchens den Ausschluß der Haftung für Fahrlässigkeitsschäden beabsichtigte; steigt der Gast dann trotzdem ein oder widerspricht er nicht, wenn der Fahrer ihm dies während der Fahrt erklärt, so ist sein Verhalten nach Treu und Glauben als Zustimmungserklärung aufzufassen, und ein wirksamer Vertrag der Parteien über den Ausschluß der Haftung des Gefälligen für Fahrlässigkeitsschäden dürfte unbedenklich anzunehmen sein. Da der Fahrer seinem Fahrgast gegenüber aber nur in den wenigsten Fällen unter Hinweis auf das Schild erklären wird, er beabsichtige, dadurch seine Haftung für alle von ihm fahrlässig verursachten Schäden

---

[211]) Dafür insbesondere Arndt, JW 1929, 899 ff.; 1930, 2825 ff.; dagegen insbesondere Krückmann, JW 1932, 3688 ff.

[212]) Vgl. RG 145, 390; Krückmann, JW 1932, 3690.

auszuschließen, so ist diesem häufig in Kraftwagen zu sehenden Schildchen grundsätzlich jede praktische Bedeutung abzusprechen.

3. Das „Handeln auf eigene Gefahr".

Man kann auch nicht im allgemeinen oder im Einzelfall aus dem Gedanken der freiwilligen Gefahrübernahme, des sogenannten „Handelns auf eigene Gefahr", einen einseitigen Verzicht des Fahrgastes auf die Haftung des Gefälligen für von diesem fahrlässig verursachte Schäden herleiten.

Man versteht unter diesem Begriff des „Handelns auf eigene Gefahr" die stillschweigende Einwilligung in eine aus der Handlung eines anderen sich möglicherweise ergebende Verletzung. Das Handeln auf eigene Gefahr ist also kein vertraglicher Haftungsausschluß, sondern ein einseitiger Verzicht, der beim Eintritt eines Schadens der schädigenden Handlung von vornherein den Charakter der Widerrechtlichkeit nimmt. Voraussetzung für ein „Handeln auf eigene Gefahr" ist allerdings, daß der Geschädigte die Gefahr, in die er sich begab, auch wirklich erkannte und trotzdem das Risiko einer evtl. Schädigung bewußt auf sich genommen hat[213]. „Der Rechtsgedanke einer Übernahme der Verantwortlichkeit bei „Handeln auf eigene Gefahr" hat zwar im BGB einen positiven grundsätzlichen Ausdruck nicht gefunden; er entspricht jedoch einer allgemein im Rechtsleben herrschenden Anschauung"[214].

Nun mag allerdings der Gedanke, jemand nehme eine sich aus der Sachlage von selbst ergebende und jedermann sofort erkennbare Gefährdung dann freiwillig auf sich, wenn er sich trotzdem in die Gefahr begibt, keineswegs abwegig erscheinen, auch wenn der Gedanke des Handelns auf eigene Gefahr im Bürgerlichen Gesetzbuch nicht ausdrücklich festgelegt ist. Die Teilnahme an einer Fahrt auf einer Rennbahn oder in bekannt gefährlichem Gelände mag sicher unbedenklich zu der Annahme berechtigen, daß der Fahrgast die ihm bekannten, durch die besonderen Umstände des Falles von selbst bedingten Gefahren freiwillig auf sich genommen habe. Man wird aber nicht daran denken können, der Fahrgast habe den Fahrer damit auch von allen Ersatzansprüchen, die sich aus Verschulden des Fahrers ergeben könnten, von vornherein freistellen wollen[215].

Der Gedanke des „Handelns auf eigene Gefahr" ist m. E. überhaupt nur sinnvoll bei einem eventuellen Ausschluß der Gefährdungshaftung[216]; nicht aber ist er für einen einseitigen Verzicht des Fahrgastes auf Fahrlässigkeitsschäden zu verwerten. Denn ob der Fahrer im Laufe einer Fahrt schuldhaft einen Unfall verursachen wird, ist überhaupt vor Antritt der Fahrt noch nicht zu erkennen. Keinesfalls wird man aber soweit gehen

---

213) Vgl. Zitelmann, a. a. O., S. 47; Flad, a. a. O., S. 16.

214) RG Bay. Ztg. 1909, 298.

215) Vgl. RG JW 1910, 234; 1911, 28; 1915, 276; 1926, 2534; 1931, 891; Recht 1921, Nr. 1606.

216) Vgl. auch § 11 (4) dieser Arbeit.

können, zu erklären, der Wunsch des Fahrgastes auf unentgeltliche Beförderung sei in der Regel so groß, daß er lieber auf alle Ansprüche verzichte, als auf die erbetene Gefälligkeit. Es ist eine reine Fiktion, aus dem Gedanken einer „Gemeinschaft zwischen Fahrer und Fahrgast" eine „Verpflichtung" des Fahrgastes zu folgern, das Los seines Fahrers in jeder Beziehung zu teilen, und deshalb bei der Gefälligkeitsfahrt eine Haftung des Fahrers „weder für leichtes noch für grobes Verschulden, weder auf Grund Vertrages noch auf Grund unerlaubter Handlung" anerkennen zu wollen[217]). Gewiß bringt derjenige, der von einem ihm mindestens bis dahin fremden Fahrer aus Gefälligkeit in einem ihm bis dahin ebenfalls unbekannten Wagen mitgenommen werden will, zum Ausdruck, daß er sich gerade diesem Fahrer und Wagen anvertraue[218]). Gerade der Gedanke des „Anvertrauens" aber sollte vor dem Schluß bewahren, daß damit der Fahrgast bewußt alle jene Gefahren auf sich nehme, die sich möglicherweise aus dem ihm unbekannten Charakter und der vielleicht äußerst leichtfertigen, gegen die Verkehrsvorschriften verstoßenden Fahrweise des Fahrers ergeben. Viel näher liegt jedenfalls der gegenteilige Schluß, daß der Fahrgast zuversichtlich darauf vertraut, der Fahrer werde die verkehrserforderliche Sorgfalt anwenden, und daß er deshalb an einen Verzicht auf Ersatzansprüche wegen etwaiger Fahrlässigkeitsschäden überhaupt nicht denkt. — Der Versuch, mit Hilfe des Gedankens des „Handelns auf eigene Gefahr" grundsätzlich zu einem Ausschluß der Haftung des Gefälligen sowohl für leichte als auch insbesondere für grobe Fahrlässigkeit zu gelangen, muß daher als verfehlt bezeichnet werden.

4. Das mitwirkende Verschulden des Mitfahrenden.

Ein Grund dafür, die Haftung des Gefälligen bei der Gefälligkeitsfahrt grundsätzlich auf die Haftung nur für Vorsatz zu beschränken, ist nicht ersichtlich. Ein solcher Haftungsmaßstab würde vielmehr dem Wesen des Gefälligkeitsvertrages in keiner Weise entsprechen[219]). Erscheint im Einzelfalle wirklich die Haftung des Gefälligen für grobe Fahrlässigkeit einmal unbillig hart, so wird allein die hinreichende Berücksichtigung eines etwaigen Mitverschuldens des Fahrgastes den Richter vor einer unbilligen Entscheidung bewahren können.

Das Mitverschulden setzt voraus, daß den Verletzten ebenfalls ein Verschulden an der Entstehung des Schadens trifft. Der Verletzte muß aber nicht gegen eine ihm besonders obliegende Rechtspflicht verstoßen haben, sondern Mitverschulden liegt schon dann vor, wenn der Verletzte Maßnahmen unterläßt, die ihm zur Abwendung des Schadens zu Gebote stehen; wenn er insbesondere diejenige Sorgfalt außer acht läßt, deren Anwendung

---

217) Louis, JW 1936, 42 ff.

218) Louis, JW 1935, 1021 ff.

219) Vgl. § 8 dieser Arbeit.

zur Verhütung eines Schadens man nach allgemeiner Verkehrsanschauung von jedem vernünftigen Menschen erwarten kann[220]).

Lenkt der Fahrgast die Aufmerksamkeit des Fahrers von der sorgfältigen Steuerung seines Wagens auf irgendeine Weise ab, verwirrt er ihn während der Fahrt durch andauerndes Fragen, oder stachelt er ihn zu sausender Fahrt an, so wird man, wenn der Fahrer unaufmerksam oder unangemessen schnell fährt und hierdurch dem Mitfahrenden durch einen Unfall ein Schaden entsteht, dem Mitfahrenden selbst einen guten Teil der Schuld an dem Unfall zumessen müssen. Und wer zu einem angetrunkenen Fahrer in den Wagen steigt, mit Bekannten eine sogenannte Bierreise im Kraftwagen unternimmt oder seinen Fahrer zum Trinken von Alkohol animiert, setzt damit selbst schuldhaft eine notwendige Bedingung zu einer eigenen Verletzung, die aus einem in den obigen Fällen vom Fahrer schuldhaft verursachten Unfall entsteht. „Es ist Mitverursachung, wenn sich jemand einem betrunkenen, auf der Straße Zickzack fahrenden Kraftfahrer entgegenstellt; es ist nicht minder Mitverursachung, wenn er sich zu dem Betrunkenen in das Auto setzt. Allerschwerste Mitverursachung ist es, wenn der Fahrgast den Fahrer vorher durch Alkohol betrunken gemacht hat. Dann rückt der Tatbestand schon an die Alleinverursachung heran[221]).“

Das Gesetz selbst weist den Richter durch die Vorschrift des § 254 BGB an, in solchen Fällen das Verschulden beider Parteien gegeneinander abzuwägen. Es gibt ihm damit die Möglichkeit, im Einzelfall aus Billigkeitsgründen auch bei grober Fahrlässigkeit des Fahrers den Ersatzanspruch des Fahrgastes ganz auszuschließen oder ihn seinen Schaden anteilmäßig selbst tragen zu lassen.

Angesichts des klaren Gesetzeswortlauts und der bei Anwendung des Gesetzes hinreichend bestehenden Möglichkeit, unbillige Entscheidungen zu verhüten, ist es m. E. verfehlt, wenn man in den vorgenannten Fällen auf dem Wege über einen angeblich stillschweigend zwischen Fahrer und Fahrgast geschlossenen Verzichtsvertrag bezüglich aller dem Fahrgast etwa aus Fahrlässigkeit des Fahrers erwachsenden Schäden oder durch Verwendung des Begriffes des „Handelns auf eigene Gefahr“ zu einem für den Fahrer billigen Ergebnis zu gelangen versucht[222]). Denn die vom Gesetz getroffene Regelung führt bedenkenfrei zu befriedigenden Ergebnissen, während die Annahme eines stillschweigenden, vertraglichen Ausschlusses der Haftung des Fahrers für Fahrlässigkeitsschäden in den obigen Fällen selbst bei Kenntnis des Fahrgastes vom Alkoholgenuß des Fahrers nicht unbedenklich erscheint, im übrigen aber eine reine Unterstellung ist; dem Gedanken des „Handelns auf eigene Gefahr“, der an sich bei erkannter Trunkenheit des Fahrers nahe-

---

[220]) RG 100, 44.

[221]) Krückmann, JW 1932, 3691.

[222]) RG 128, 229 ff.; JW 1930, 2854.

liegt, aber haftet der Charakter einer Hilfskonstruktion an[223]), deren man bei gesetzlicher Regelung einer Frage entraten kann.

§ 11. Der Ausschluß der Tierhalterhaftung bei der Gefälligkeitsfahrt.

Wenn man bei der Untersuchung über die rechtliche Natur der Gefälligkeiten des täglichen Lebens zu dem Ergebnis gelangt ist, daß es sich bei der Gefälligkeitsfahrt um einen „Gefälligkeitsvertrag eigener Art" handelt, bei dem der Gefällige wegen der Besonderheiten dieses Vertrages nur für Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit einstehen muß, so daß er also bei schuldhafter Verletzung seines Fahrgastes diesem sowohl vertraglich als auch außervertraglich nur dann auf Schadensersatz haftet, wenn er die Verletzung zumindest grobfahrlässig verursacht hat, und wenn dann weiter gezeigt wurde, daß selbst im Falle grober Fahrlässigkeit des Fahrers bei mitwirkendem Verschulden des Fahrgastes unter Umständen ein Schadensersatzanspruch des Mitfahrenden oder seiner Hinterbliebenen ausgeschlossen sein kann, so ist von größtem Interesse und besonderer Bedeutung die Frage, ob bei einer Gefälligkeitsfahrt in einem mit Pferden bespannten Wagen der gefällige Fuhrwerksbesitzer dem Fahrgaste nun ebenfalls nur bei grob-fahrlässigem Handeln auf Schadensersatz haftet, oder ob er hier aus dem Gesichtspunkte der Tierhalterhaftung dem Fahrgast auch für unverschuldeten Schaden einstehen muß.

Während sich bei einer Fahrt im Kraftwagen die Gefährdungshaftung nur auf Außenstehende, nicht aber auf die Wageninsassen erstreckt (§ 8 KFG), bestimmt der § 833 S. 1 BGB schlechthin:

„Wird durch ein Tier ein Mensch getötet oder der Körper oder die Gesundheit eines Menschen verletzt oder eine Sache beschädigt, so ist derjenige, welcher das Tier hält, verpflichtet, dem Verletzten den daraus entstehenden Schaden zu ersetzen."

Der Begriff des Tierhalters wird mangels einer gesetzlichen Definition dahingehend zu bestimmen sein, daß Tierhalter derjenige ist, „wer im eigenen Interesse durch Gewährung von Obdach und Unterhalt die Sorge für ein Tier übernommen hat, und zwar nicht nur zu einem vorübergehenden Zwecke, sondern für einen Zeitraum von gewisser Dauer[224])."

Ein solcher Tierhalter haftet nun nach dem Wortlaut der Bestimmung des § 833, S. 1 BGB im Falle einer durch das Tier verursachten Verletzung oder Tötung eines Menschen dem Verletzten bzw. seinen Hinter-

[223]) Vgl. hierzu Jung, a. a. O., S. 50.

[224]) RG 52, 118; Staudinger-Kober, 9. Aufl., § 833, Anm. 5.

bliebenen schlechthin ohne jedes eigene Verschulden[225]) auf Schadensersatz. Voraussetzung für seine Haftung ist nur, daß der Schaden durch eine „willkürliche", als Ausfluß der tierischen Natur zu wertende Handlung des Tieres verursacht worden ist[226]). — Die Tierhalterhaftung ist also eine reine Gefährdungshaftung.

Nun bedeutet gewiß jede Gefährdungshaftung für den Haftungspflichtigen stets eine Härte. Nicht nur hart, sondern durchaus unbillig erscheint es aber, wenn derjenige, der aus Gutmütigkeit und Gefälligkeit einen müden Wanderer oder Bekannten für ein Stück Weges auf seinen Wagen aufsitzen läßt, dem Mitfahrenden ohne weiteres auf Schadensersatz haften soll, wenn die Pferde ohne jedes Verschulden des Lenkers durchgehen und der Fahrgast infolgedessen vom Wagen stürzt und verletzt wird.

Die Rechtsprechung hat allerdings zunächst die Vorschrift des § 833, S. 1 BGB in einem solchen Falle uneingeschränkt in ihrer ganzen Schärfe zur Anwendung gebracht und den Fahrer auf Grund der Bestimmungen der §§ 833 S. 1, 844 BGB zur Zahlung einer Rente an die Hinterbliebenen eines aus Gefälligkeit mitgenommenen Fahrgastes verurteilt, als der Mitfahrende infolge Scheuens und Durchgehens der Pferde vom Wagen gestürzt und zu Tode gekommen war[227]).

Diese Entscheidung erschien aber so unbillig hart und erweckte daher so allgemeinen Widerspruch, daß der Gesetzgeber durch Novelle vom 30. Mai 1908 die Tierhalterhaftung in den Fällen ausgeschlossen hat, in denen der Schaden durch ein Haustier verursacht wird, das dem Berufe, der Erwerbstätigkeit oder dem Unterhalte des Tierhalters zu dienen bestimmt ist, und entweder der Tierhalter bei der Beaufsichtigung des Tieres die im Verkehr erforderliche Sorgfalt beobachtet hat oder der Schaden auch bei Anwendung dieser Sorgfalt entstanden sein würde. (§ 833 S. 2 BGB.)

Damit hat der Gesetzgeber für eine große Anzahl von Tierhaltern das Prinzip der Gefährdungshaftung wieder fallen lassen. Denn nach der Bestimmung des § 833 S. 2 BGB gilt in den dort aufgeführten Fällen hinsichtlich der Ersatzpflicht des Tierhalters wieder das Verschuldensprinzip, wobei allerdings eine gesetzliche Vermutung für Verschulden des Tierhalters spricht und dieser den nicht immer leichten Exkulpationsbeweis zu führen hat, daß ihm kein Verschulden zur Last fällt.

In den meisten Fällen einer Gefälligkeitsfahrt wird nun die Tierhalterhaftung durch die Bestimmung des § 833 S. 2 BGB ausgeschlossen sein; denn heutzutage werden Pferde fast nur noch zu wirtschaftlichen Zwecken

---

225) Auf die Vorschrift des § 833 S. 2 BGB, durch welche für viele Tierhalter wieder die Verschuldenshaftung eingeführt worden ist, wird im folgenden noch eingegangen werden.

226) Staudinger-Kober, 9. Aufl., § 833, Anm. 4 b; siehe auch RG 60, 68; 65, 106; 69, 399.

227) RG 54, 73 ff.; Gruchot 47, 648.

gehalten. Hier haftet der gefällige Fuhrwerksbesitzer bei Verletzung seines Fahrgastes diesem also vertraglich und außervertraglich nur für Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit [228]). — Es gibt aber auch heute noch Menschen, die sich Pferde und Wagen lediglich zu ihrem Vergnügen halten. Es wäre nun im höchsten Maße widersinnig, wollte man einen solchen Fuhrwerksbesitzer seinem Fahrgast, den er aus Gefälligkeit in seinem Wagen mitgenommen hat, bei einem lediglich durch die Pferde verursachten Unfall aus dem Gesichtspunkte der Tierhalterhaftung ohne Rücksicht auf Verschulden haften lassen, während er bei einem von ihm selbst schuldhaft verursachten Unfall seinem Fahrgast nur bei vorsätzlichem und grobfahrlässigem Handeln schadensersatzpflichtig wäre.

Rechtslehre und Rechtsprechung haben diesen Widersinn erkannt und haben sich auf die verschiedenste Weise bemüht, hier auf einem gesetzlich zulässigen Wege zu einem vernünftigen und billigen Ergebnis zu gelangen.

1. Die Theorie von der „Gesetzeskonkurrenz" und dem „Mangel der Widerrechtlichkeit".

Die Anhänger der Theorie einer sogenannten „Gesetzeskonkurrenz" vertreten die Ansicht, das Bestehen vertraglicher Beziehungen schließe grundsätzlich immer die Geltendmachung außervertraglicher Ansprüche aus; denn Vertragsrecht verhalte sich zum Deliktsrecht wie lex specialis zu lex generalis. Bei einer Gefälligkeitsfahrt wollen sie daher den Gefälligen stets nur nach den Regeln des Transportvertrages haften lassen, der zwischen Fahrer und Fahrgast geschlossen sei; denn auch hier sei lediglich das Vertragsverhältnis maßgebend, und die rechtliche Regelung dieses Vertrages schließe als die spezielle Norm die Anwendung des § 833 BGB aus.

Es wurde schon an anderer Stelle dieser Arbeit auf die Theorie der sogenannten „Gesetzeskonkurrenz" eingegangen und dabei der Nachweis der Unrichtigkeit dieser Theorie und der Richtigkeit der Theorie der sogenannten „Anspruchskonkurrenz" geführt [229]). Nach ihr verhindert das Bestehen vertraglicher Beziehungen zwischen den Parteien bei Eintritt eines Schadenfalles keineswegs das Entstehen von Ersatzansprüchen auf Grund der Bestimmungen über die unerlaubten Handlungen. Ersatzansprüche aus Vertrag und aus unerlaubter Handlung kommen vielmehr gleichzeitig und nebeneinander zur Entstehung; die Befriedigung des einen Anspruchs bewirkt nur auch das Erlöschen des anderen, soweit er sich mit ihm deckt.

Nun bewirkt allerdings eine auf Grund Vertragsrechts wirksame Beschränkung der Haftung des Schuldners auf ein Einstehenmüssen nur für Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit, daß dieser bei der Konkurrenz von An-

---

[228]) Vgl. §§ 8/9 dieser Arbeit.

[229]) Zur Vermeidung von Wiederholungen sei auf § 9 dieser Arbeit verwiesen.

sprüchen aus Vertrag und aus Delikt auch außervertraglich nur vorsätzliches und grobfahrlässiges Handeln zu vertreten hat; denn aus dem Gesichtspunkte der unerlaubten Handlung wird nur bei widerrechtlichem Tun gehaftet; ein nur leicht fahrlässiges Handeln des Schädigers ist aber, wenn seine Haftung durch gesetzliche Vorschrift oder durch Vereinbarung der Parteien auf vorsätzlich oder grob-fahrlässig verursachte Schäden beschränkt ist, gar nicht widerrechtlich.

Trotzdem wird man mit diesem an sich richtigen Gedanken nicht den Ausschluß der Tierhalterhaftung bei der Gefälligkeitsfahrt beweisen können. Denn diese Gedankengänge sind nur sinnvoll und zutreffend in Fällen der Haftung für schuldhaftes Handeln. In den Fällen der Gefährdungshaftung ist es aber völlig gleichgültig, ob der Haftungspflichtige schuldhaft gehandelt hat oder nicht. Die Haftung des Tierhalters gründet sich nicht auf eine eigene Handlung, sondern lediglich auf die Tatsache der Tierhaltung und der Verletzung des Fahrgastes. Es handelt sich hier nicht darum, für Vertrags- und Unrechtshaftung einen für beide Fälle geltenden Maßstab der Schuld festzustellen, sondern hier sind d i e V o r a u s s e t z u n g e n der Haftung in beiden Fällen vom Gesetze ganz verschieden bestimmt und daher getrennt zu prüfen [230]). Daher schließt das Bestehen eines Gefälligkeitsvertrages zwischen Tierhalter und Verletztem mit der diesem Vertrage eigenen Haftungsmilderung für schuldhaftes Verhalten nicht schon an sich die Geltendmachung eines Anspruches aus § 833 BGB aus [231]).

2. Der Ausschluß der Tierhalterhaftung wegen mitwirkenden Verschuldens des Fahrgastes.

Die allgemeinen Vorschriften des BGB über den Ersatz von Schaden (§§ 249 ff. BGB) finden selbstverständlich auch im Bereiche der Tierhalterhaftung Anwendung. Daher ist auch die Vorschrift des § 254 BGB anzuwenden, wenn bei einer Gefälligkeitsfahrt in einem Pferdefuhrwerk sich ein vom Tierhalter nicht verschuldeter Unfall ereignet, und der verletzte Fahrgast selbst den ihm erwachsenen Schaden mitverschuldet hat. Denn Voraussetzung für die Anwendung der Vorschrift des § 254 BGB ist lediglich, daß dem Verletzten ein Verschulden bei der Entstehung des Schadens zur Last fällt; nicht ist dagegen erforderlich, daß auch den Ersatzpflichtigen hierbei ein Verschulden trifft. Mitwirkendes Verschulden des Verletzten kann daher gerade im Falle der Tierhalterhaftung, bei welcher der Ersatzpflichtige ohne jedes eigene Verschulden haftet, für die Ersatzpflicht des Tierhalters von erheblicher Bedeutung sein.

---

[230]) Vgl. Leonhard, II, § 366, S. 657.

[231]) A. A. Kohler, I, 261; Jung, a. a. O., 64; Hellwig, DJZ 1906, 1290; Schneider, DJZ 1908, 219; Litten, DJZ 1905, 341; v. Blume, Recht 1908, 653; 1905, 481 ff.; Oertmann, § 833 Bem. 5 b, γ.

Die nach § 254 BGB anzustellende Untersuchung, inwieweit der Schaden vorwiegend von dem einen oder dem anderen Teile verursacht worden ist, erstreckt sich im Falle der Tierhalterhaftung auf die Prüfung der Frage, inwieweit für die Entstehung des dem Verletzten erwachsenen Schadens das Halten des Tieres oder das Verschulden des Verletzten überwiegend kausal war. Ergibt sich bei diesem Gegeneinanderabwägen der Umstände des Falles, daß bei der Entstehung des Schadens ein Verschulden des Verletzten in nicht ganz unerheblichem Umfange mitgewirkt hat, so ist dem Richter im Einzelfall die Möglichkeit gegeben, nach pflichtgemäßem und billigem Ermessen je nach Lage des Falles entweder die Tierhalterhaftung durch Aufrechnung gegen das Verschulden des Verletzten völlig auszuschließen oder doch den Umfang der Ersatzpflicht des Tierhalters zu beschränken.

Ein allgemeiner Ausschluß der Tierhalterhaftung bei der Gefälligkeitsfahrt läßt sich aber mit dem Gedanken des mitwirkenden Verschuldens des Fahrgastes nicht begründen. Denn allein in dem Umstand, daß jemand einen mit Pferden bespannten Wagen besteigt, kann noch kein Verschulden des Fahrgastes erblickt werden.

3. Die Theorie vom Ausschluß der Tierhalterhaftung durch stillschweigenden Vertrag und von der Auslegung des Gefälligkeitsvertrages.

Das Reichsgericht will unbillige Entscheidungen, zu denen die Anwendung des § 833 BGB bei der Gefälligkeitsfahrt führt, dadurch vermeiden, daß es annimmt, vor Antritt der Fahrt werde zwischen den Parteien stillschweigend ein Vertrag über den Ausschluß der Tierhalterhaftung geschlossen.

Nun ist allerdings die Haltung des Reichsgerichts, das in dem Erbitten und der Gestattung des Mitfahrens bei der Gefälligkeitsfahrt nicht den Abschluß eines Vertrages erblickt, weil die Parteien hierbei nicht an eine rechtsgeschäftliche Erklärung und Bindung gedacht hätten, wenig konsequent, wenn es auf der anderen Seite aus den gleichen Tatumständen den stillschweigenden Abschluß eines Verzichtsvertrages hinsichtlich der Tierhalterhaftung folgert. Wenn man jedoch nach der hier vertretenen Ansicht bei der Gefälligkeitsfahrt das Bestehen eines „Gefälligkeitsvertrages eigener Art" bejaht, so wird man prüfen müssen, ob die Willenserklärungen der Parteien sich nicht vielleicht dahin auslegen lassen, „daß bei der Einigung der Parteien über die Ausführung der gemeinsamen Fahrt das Einverständnis der Beteiligten sich zugleich darauf erstreckt hat, in allen nicht besonders besprochenen Punkten den Billigkeitsmaßstab als das beiderseits Gewollte gelten zu lassen[232])."

Unzweifelhaft gibt es nun stillschweigende Willenserklärungen und ebenso unzweifelhaft ist, daß es auch bei solchen stillschweigenden Willenserklä-

---

[232]) RG 65, 313; Warn. 1909, 357.

rungen nicht darauf ankommt, was sich der Erklärende bei seiner Erklärung dachte, sondern lediglich darauf, welche Bedeutung seinem Verhalten den Umständen nach beizumessen ist [233]). Man wird daher den vertraglichen Ausschluß der Tierhalterhaftung zwischen Fahrgast und Fahrer bei der Gefälligkeitsfahrt nicht einfach mit der Begründung ablehnen können, die Parteien hätten überhaupt nicht an den Eintritt eines Schadens gedacht und sich deshalb auch nicht über den Ausschluß der Tierhalterhaftung geeinigt.

Das Reichsgericht führt in einem solchen Falle durchaus zutreffend aus, dem Kläger als Landwirt und Viehhändler sei nicht nur wohlbekannt gewesen, daß mit der Benutzung eines von Pferden gezogenen Fuhrwerks stets eine gewisse Gefahr verbunden sei, sondern es sei ihm auch bekannt gewesen, daß sich nach der in der bäuerlichen Bevölkerung herrschenden Auffassung der Ausschluß der Tierhalterhaftung von selbst verstehe, wenn sich jemand aus Freundschaft, Barmherzigkeit oder Nächstenliebe verpflichte, einen anderen unentgeltlich zu befördern. Dadurch, daß der Kläger den Beklagten gebeten habe, ihn wegen der Ungunst des Wetters und zur Abkürzung des Weges unentgeltlich mitfahren zu lassen, und der Beklagte ihm dies gestattet habe, sei der Ausschluß der Tierhalterhaftung stillschweigend vereinbart worden. Der Kläger würde den Verzicht auf die Tierhalterhaftung auch ausdrücklich erklärt haben, wenn dies verlangt worden wäre; denn jedermann wisse, daß, wenn er einem Fuhrmann die Haftung für Tierschaden ansinnen wolle, seine Bitte um unentgeltliche Mitnahme unfehlbar abgewiesen werden würde. Der Beklagte seinerseits habe sich darauf verlassen dürfen, daß der Kläger, wenn er um unentgeltliche Beförderung bat, auf die Tierhalterhaftung verzichte. Gewiß sei eine Einigung der Parteien über den Ausschluß der Tierhalterhaftung erforderlich, und es genüge nicht eine einseitige stillschweigende Ablehnung der Übernahme der Tierhalterhaftung durch den Beklagten. In der Bitte des Klägers um Gestattung der Mitfahrt und in der Einwilligungserklärung des Beklagten aber sei unter den angegebenen Umständen ohne Rechtsirrtum der Abschluß eines Vertrages über den Ausschluß der Tierhalterhaftung zu finden; die Parteien hätten sich stillschweigend dahin geeinigt, daß die Mitfahrt für den Kläger unentgeltlich sei, dem Beklagten aber aus der Gefälligkeit kein Nachteil erwachsen dürfe, sofern ihn nicht etwa ein Verschulden treffe [234]).

Ausdrücklich und mit überzeugender Begründung wendet sich das Reichsgericht ferner gegen die Auffassung, eine Vereinbarung über den Ausschluß der Tierhalterhaftung könne nur dort angenommen werden, wo sich feststellen lasse, die Beteiligten hätten an den Eintritt des Tierschadens gedacht und darin übereingestimmt, daß ein solches Ereignis gewisse Rechts-

---

233) Müller-Erzbach, ArchzivPrax. Bd. 106, 356 ff., der aber den Ausschluß der Tierhalterhaftung durch stillschweigenden Verzichtsvertrag für den Regelfall ablehnt.

234) RG JW 1908, S. 108, Nr. 6; vgl. auch Danz, DJZ 1905, 383; RG JW 1911, 28; 1915, 276; 1926, 2534; Warn. 1908, Nr. 157; Danz, Recht 1909, 225.

folgen haben solle. Es lehnt diese Auffassung als zu eng und den Vorschriften der §§ 133, 157 BGB nicht gerecht werdend ab und führt hierzu aus, bei der Auslegung von Willenserklärungen komme es darauf, was die Beteiligten nur gedacht, nicht auch kundgetan hätten, nicht an. Maßgebend sei der erklärte Wille. Als Willenserklärungen aber seien nicht nur die Worte zu berücksichtigen, die gewechselt wurden, sondern das ganze Verhalten der Parteien. Aus dem, was die Parteien ausdrücklich oder stillschweigend erklärt hätten, müsse unter Berücksichtigung der Umstände, unter denen sie handelten, entnommen werden, was sie gewollt hätten. Häufig seien die Erklärungen unvollständig, erstreckten sich insbesondere nicht auf alle Einzelheiten. Zur Ermittlung des Willens genüge es aber, daß die leitenden Gesichtspunkte feststünden. Soweit nicht ein anderer Wille kundgetan sei, dürfe angenommen werden, daß die Beteiligten die Einzelheiten so geregelt wissen wollten, wie es der allgemeinen Anschauung bei einem Verkehr zwischen billig denkenden Menschen unter den besonderen Umständen des jeweiligen Falles entspreche. Der Richter habe nicht die Aufgabe, den nicht geäußerten Willen der Parteien zu ergründen, sondern dem Willen Geltung zu verschaffen, der nach Maßgabe dieser Grundsätze als erklärt anzusehen sei. Es könne zugegeben werden, daß, wenn Willenserklärungen in der bezeichneten Weise ausgelegt würden, es sich dabei nicht immer um eine Auslegung in streng wissenschaftlichem Sinne, sondern in manchen Beziehungen um eine Ergänzung des fehlenden Willens handele; allein in diesem Sinne spreche auch das Gesetz (§ 157 BGB) von Auslegung der Verträge[235]).

Diesen Ausführungen des Reichsgerichts wird man unbedenklich zustimmen können[236]). Sie treffen aber, wenn man in der Gefälligkeitsfahrt (wie hier) grundsätzlich stets einen Gefälligkeitsvertrag eigener Art sieht, auf jeden Fall einer Gefälligkeitsfahrt in einem Pferdefuhrwerk zu und sind daher von grundsätzlicher Bedeutung. Denn bei allen Gefälligkeitsverträgen wird im Wege der Vertragsauslegung nach § 157 BGB anzunehmen sein, daß in sämtlichen, nicht ausdrücklich besprochenen Punkten der Billigkeitsmaßstab als das beiderseits Gewollte gelten soll. „Wenn die Vertragsschließenden aber über den leitenden Grundgedanken, nach dem der Inhalt ihrer Vertragsbedingungen im einzelnen beurteilt werden soll, einig sind, so umfaßt ihre Einigung auch alles, was sich durch Schlußfolgerungen daraus herleiten läßt, und es ist nicht nötig, daß ihnen jede dieser Schlußfolgerungen noch besonders zum Bewußtsein kommt[237]).“

---

[235]) RG 67, 431 ff.; siehe auch RG Warn. 1909, Nr. 100; RG Gruchot, 54, 386; 59, 919; 60, 654.

[236]) Vgl. Enneccerus-Nipperdey, § 192 II, insbesondere Anm. 22; Enneccerus, § 192 II, insbesondere Anm. 24; Prot. I, 625; siehe auch OLG 22, 38; Staudinger, 10. Aufl., § 157, Anm. 5; Planck, § 133, Anm. 5; § 157, Anm. 2; Oertmann, § 157, I, a, β; RGR.-Komm., § 157, Anm. 1; Soergel, § 157, I, b.

[237]) RG 65, 315.

Daß der Gefälligkeit des Fahrers auf der anderen Seite die Übernahme der Tiergefahr durch den Fahrgast aus Billigkeitsgründen entspricht, wird wohl niemand bezweifeln. Man wird daher stets bei der Gefälligkeitsfahrt auch ohne die Konstruktion eines besonderen Verzichtsvertrages im Wege der Auslegung des Gefälligkeitsvertrages zwanglos zu dem Ausschluß der Tierhalterhaftung kommen können[238]).

Diese hier vertretene Ansicht führt zu dem gleichen und befriedigenden Ergebnis wie die vom Reichsgericht vertretene Theorie vom Ausschluß der Tierhalterhaftung durch stillschweigenden Verzichtsvertrag der Parteien. Sie hat gegenüber jener aber den Vorzug, daß sie sich ungezwungen aus dem Wesen der Gefälligkeitsfahrt von selbst ergibt, während die vom Reichsgericht entwickelte Theorie angesichs des Umstandes, daß das Reichsgericht es in ständiger Rechtsprechung ablehnt, in der Gefälligkeitsfahrt einen Vertrag zu sehen, wenig folgerichtig erscheint.

Beide Ansichten befriedigen jedoch in der Praxis nicht restlos, da sie den Abschluß eines Vertrages und damit notwendigerweise Geschäftsfähigkeit beider Parteien voraussetzen.

4. Das „Handeln auf eigene Gefahr", „die Selbstgefährdung" und der Ausschluß der Tierhalterhaftung aus der „ratio" des Gesetzes.

Die Theorie von dem durch Auslegung des Gefälligkeitsvertrages sich ergebenden Ausschluß der Tierhalterhaftung versagt aber — wie vorstehend erwähnt — ebenso wie die Theorie vom stillschweigend geschlossenen Verzichtsvertrag dann, wenn der aus Gefälligkeit mitgenommene Fahrgast nicht geschäftsfähig ist; denn in diesem Falle ist sowohl der Abschluß eines gültigen Vertrages über die Beförderung als auch über den Ausschluß der Tierhalterhaftung zwischen den Beteiligten wegen der fehlenden Geschäftsfähigkeit des Fahrgastes nicht möglich.

Man hat nun versucht, in derartigen Fällen den gefälligen Fahrer durch Verwendung des Begriffs des „Handelns auf eigene Gefahr" oder der „Selbstgefährdung" von der Tierhalterhaftung freizustellen[239]). Dieser Theorie liegt der auf Billigkeitserwägungen beruhende Gedanke zugrunde, daß derjenige, der sich bewußterweise außerhalb eines Vertragsverhältnisses und ohne eine sonstige rechtliche oder sittliche Verpflichtung einer bestimmten Gefahr aussetze, diese Gefahr auch selbst tragen müsse[240]).

„Der Rechtsgedanke einer solchen Übernahme der Verantwortlichkeit bei „Handeln auf eigene Gefahr" hat zwar im BGB einen positiven grundsätzlichen Ausdruck nicht gefunden, er ist jedoch (nach Ansicht der Anhänger

---

[238]) Vgl. hierzu Jung, a. a. O., S. 63/64.

[239]) Vgl. Flad, Recht 1919, 13 ff.; v. Gierke, § 214, Anm. 55; Krückmann, JherJ. 52, 428 ff.; 54, 107 ff.; Oertmann, § 833, Anm. 5; RGRKomm., § 833, Anm. 7 c.

[240]) RG zitiert bei Jung, a. a. O., S. 50.

dieser Theorie) wohl geeignet, einer gerechten, im Sinne des Gesetzes selbst liegenden Ausgleichung gegenüber der Gefährdungshaftung zu dienen [241])."

In der Benutzung eines mit Pferden bespannten Wagens sieht man nun bei der Gefälligkeitsfahrt stets wegen des bekanntermaßen häufig willkürlichen Handelns der Tiere und der sich aus der tierischen Natur von selbst ergebenden Unberechenbarkeit ihres Tuns eine bewußte Selbstgefährdung des Benutzers. Derjenige, der sich in dieser Weise freiwillig der Gefahr eines Tierschadens aussetze, nehme die Gefahr von Unfällen, die ihm während der Fahrt infolge willkürlichen Tuns der Pferde ohne Verschulden des Fahrers zustoßen sollten, auf sich; die Tierhalterhaftung sei in entsprechender Anwendung des in § 254 BGB zum Ausdruck kommenden Gedankens der Verschuldensaufrechnung im Wege der Gefährdungsaufrechnung gegen die Selbstgefährdung des Verletzten aufzurechnen. Die Selbstgefährdung bewirke dabei den gänzlichen Ausschluß der reinen Gefährdungshaftung [242]).

Dieser Begriff der Selbstgefährdung soll im übrigen nicht nur zum Ausschluß der Tierhalterhaftung bei der Gefälligkeitsfahrt führen; er soll auch bei jedem Unfall berücksichtigt werden, der auf einen erkennbaren Mangel des Fuhrwerks oder auf eine andere erkennbare Gefahrenquelle zurückzuführen ist [243]). — Geschäftsfähigkeit des Verletzten ist bei Verwendung dieses Gedankens nicht erforderlich; man verlangt bei der analogen Anwendung der Vorschrift des § 254 BGB auf seiten des Verletzten nur eine den Bestimmungen der §§ 827, 828 BGB entsprechende Verantwortlichkeit.

Mit Hilfe dieser Theorie kann jedoch der Ausschluß der Tierhalterhaftung nicht bewiesen werden, da ihr erhebliche rechtliche Bedenken entgegenstehen. Ein allgemeiner Rechtssatz, daß einem Verletzten, der die Gefahr selbst geschaffen habe, dies stets bei der Gefährdungshaftung entgegengehalten werden könne, ist nirgendwo im Gesetz ausgesprochen [244]). Man wird daher dem Verletzten eine Selbstgefährdung nur dann entgegenhalten können, „wenn er entweder selbst schuldhaft gehandelt hat (§ 254 BGB), oder wenn er nach dem Gesetz ebenfalls für Gefährdung haftet — wie ein Autofahrer gegenüber der Tierhalterhaftung. Gerade diese Ausnahmevorschriften beweisen, daß die gewöhnlichen, dadurch nicht betroffenen Fälle dem nicht gleichstehen [245])."

Man wird aber deshalb nicht den Ausschluß der Tierhalterhaftung in Fällen fehlender Geschäftsfähigkeit des Verletzten überhaupt für ausgeschlossen halten dürfen. M. E. ergibt sich der Ausschluß der Tierhalterhaf-

---

241) RG Bay. Ztg. 1909, 298; Warn. 1909, Nr. 357; vgl. auch RG JW 1911, 28.

242) Krückmann, JherJ. 54, 131.

243) Vgl. RG SeuffBlätt. 1907, 1084.

244) Vgl. Jung, a. a. O., S. 50.

245) Leonhard, II, § 366, S. 657.

tung in den Fällen, wo jemand sein Tier fremden Interessen, zumal aus Gefälligkeit, dienstbar macht, durch sinngemäße Auslegung und Anwendung des § 833 BGB von selbst, so daß es auch bei Bestehen eines Gefälligkeitsvertrages zwischen Fahrer und Fahrgast nicht einmal der Auslegung des Vertrages bedarf.

Gewiß bestimmt der § 833 S. 1 BGB schlechthin: „Wird durch ein Tier ein Mensch getötet ... oder verletzt ..., so ist derjenige, welcher das Tier hält, verpflichtet, ... den Schaden zu ersetzen"; und der Richter darf sicherlich nicht einfach eine Gesetzesbestimmung unberücksichtigt lassen, wenn sie seinem Billigkeitsempfinden widerspricht. Er hat aber auf den Sinn einer gesetzlichen Vorschrift zu achten und diesem Sinn des Gesetzes Geltung zu verschaffen, ohne sklavisch am Wortlaut einer Bestimmung zu hängen. Sinnvoll ist aber die Anwendung des § 833 BGB nur auf die Fälle einseitiger Gefährdung fremder Interessen durch einen Tierhalter. — Die Anwendung des § 833 BGB muß daher auch auf derartige Fälle beschränkt bleiben. — „Für diese Beschränkung bestehen zwei Gründe. Einmal die Stellung des § 833 BGB, der unter die unerlaubten Handlungen gestellt ist. Eine unerlaubte Handlung kann es aber nur sein, durch Tiere, die man hält, fremde Interessen einseitig zu gefährden. Keineswegs kann aber als unerlaubt charakterisiert werden das Verhalten eines Tierhalters, der seine Tiere fremden Interessen dienstbar macht und es duldet, daß andere, die das Tier in eigenem Interesse nutzen wollen, sich oder ihre Güter der speziellen Tiergefahr aussetzen. — Ein zweiter Grund, der m. E. noch besser durchgreift und die einschränkende Auslegung des § 833 BGB erzwingt, ist der ratio des Gesetzes zu entnehmen. Es kann einem Zweifel nicht unterliegen, daß der § 833 BGB nur für die Fälle einseitiger Gefährdung rationell ist, während für alle Fälle der Interessen- und Gefahrengemeinschaft, auch wenn die spezifische Tiergefahr die Gefahrenquelle ist, besondere Regeln gelten müssen, da die Interessen- und sonstige Sachlage in beiden Fällen durchaus verschieden ist[246])."

Wenn die Vorschrift des § 833 BGB in diesem Sinne angewandt wird — wogegen m. E. kein stichhaltiger Grund spricht — so kommt man in jedem Falle einer Gefälligkeitsfahrt zu Ergebnissen, die dem gesunden Volksempfinden entsprechen. Und zwar kommt man zu solchen Ergebnissen allein durch vernünftige Anwendung des Gesetzes, ohne hierzu der Hilfe einer mehr oder weniger gekünstelten Hilfskonstruktion zu bedürfen.

---

[246]) Müller-Erzbach, ArchzivPrax. Bd. 106, 358 ff.

§ 12. Schlußbetrachtung.

Die Untersuchung über die rechtliche Natur der Gefälligkeiten des täglichen Lebens zeigt uns, wie sehr die Meinungen in Rechtslehre und Rechtsprechung auf diesem Gebiete auch heute noch voneinander abweichen. Sie zeigt aber auch, daß in der Frage der Haftung bei Gefälligkeiten fast Einstimmigkeit darüber besteht, daß hier entsprechend der unentgeltlichen Leistung des Gefälligen eine mildere Haftung als bei den entgeltlichen Verträgen angemessen ist; daß es insbesondere bei der Gefälligkeitsfahrt unbillig wäre, den Gefälligen ohne Verschulden für Tierschaden haften zu lassen.

Möge der Gesetzgeber bei einer kommenden Neuordnung des Rechts über vielleicht grundsätzlich wichtigeren Fragen das Gebiet der Gefälligkeiten, auf dem eine gesetzliche Regelung notwendig erscheint, nicht übersehen. Möge er insbesondere durch Abänderung der jetzigen Vorschrift des § 833 BGB heute noch bestehende Unklarheiten aus dem Wege räumen, damit einer dem gesunden Volksempfinden entsprechenden Rechtsprechung auch auf diesem Gebiete nichts mehr im Wege steht. Rechtswahrer und Rechtsuchende werden ihm dafür dankbar sein.

Lebenslauf.

Am 14. Januar 1908 wurde ich in Essen als Sohn des Rektors Hans Schumacher und seiner Ehefrau Berta, geb. Eichler, geboren. Mein Vater ist am 14. April 1918 in Frankreich gefallen.

Während der beiden ersten Schuljahre wurde ich von meiner Mutter zu Hause unterrichtet. Ostern 1916 trat ich in die Oberklasse der Vorschule des Helmholtz-Realgymnasiums zu Essen ein, wurde Ostern 1917 nach Sexta versetzt und verließ diese Anstalt Ostern 1926 mit dem Zeugnis der Reife. Anschließend trat ich am 1. April 1926 bei der Direktion der Disconto-Gesellschaft, Filiale Essen, als Lehrling ein. Nach beendeter Banklehre ging ich nach Marburg, um dort Rechtswissenschaft zu studieren. Dort war ich fünf Semester, besuchte dann ein Semester die Universität München und studierte hierauf vier weitere Semester in Münster. Am 27. April 1934 bestand ich die erste juristische Staatsprüfung und wurde am 1. Juni 1934 zum Referendar ernannt. Die Große juristische Staatsprüfung bestand ich nach ordnungsmäßiger Ausbildungszeit beim Amtsgericht Hattingen, Landgericht Essen und Oberlandesgericht Hamm/Westf. am 18. Februar 1938 mit dem Prädikat „befriedigend".

Ich war sodann zunächst als Assessor beim Finanzamt Essen-Nord beschäftigt. Seit dem 1. Februar 1939 bin ich als Finanzassessor beim Finanzamt Mannheim-Stadt tätig.